Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXVI

2021

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 6

Serie XIX

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Es la titular y propietaria 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 lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

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

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Colaboradores:
Karen Nina Chica Mejía
Jorge Fernando Aguilera Quezada
María Gabriela Jaramillo Flores
Rosa Alegría Torres Cadena
Santiago Cristobal Ribadeneira Villacrés
María José Jaramillo Viteri

Diagramación
Edison Proaño Tello
Unidad de Relaciones Públicas y Comunicación Social

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

ISSN: 13902369
Jefe de la Gaceta Judicial: Dr. Santiago Aráuz Rios
Av. del Maestro OE1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfono: 3953500 ext. 22465

Impresión
Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia

Fecha de publicación
Febrero de 2023

PRESENTACIÓN

La Corte Nacional de Justicia, en este último tiempo, ha venido implementando la política de justicia abierta, bajo los principios de transparencia, participación y colaboración. Este modelo de administración de justicia implica, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otros aspectos, el acceso a la información pública, la apertura de datos, la rendición de cuentas y la contribución de la sociedad civil en la toma de decisiones.

Dentro de este escenario, el más alto órgano de administración de justicia ordinaria del país tiene como atribución primaria conocer los recursos de casación y revisión, de manera que sus autos y sentencias se conviertan en la principal información que deba ser puesta a disposición de la ciudadanía, con la utilización de un lenguaje inclusivo, sin olvidar la fuente de conocimiento y referencia que representa para jueces, servidores judiciales, académicos, abogados en libre ejercicio, estudiantes y todos los interesados en el saber jurídico.

En este contexto, la Gaceta Judicial, como órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador, es un instrumento fundamental para dar a conocer el pensamiento de los jueces en relación a los procesos judiciales que tienen a su cargo, consistiendo la más alta expresión de los criterios jurídicos de la justicia ordinaria y la última palabra en cuanto a la interpretación del ordenamiento legal.

Vale rememorar que, en 1895, en amparo a lo establecido en el numeral 13 del artículo 6 de la Ley de Instrucción Pública, el Ministro del Interior, Rafael Barba y Jijón, informó al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la época, José Modesto Espinosa, que se encontraba facultado para fomentar los estudios de jurisprudencia, por lo que hallaba oportuno cooperar para la fundación de un periódico donde se registre las decisiones del más alto tribunal de la República. De esta forma, el 21 de mayo de 1895, el presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador se compromete a colaborar remitiendo el despacho diario de las resoluciones que se adoptan por el Tribunal.

Es así que nace la Gaceta Judicial, la publicación más antigua del Estado ecuatoriano, cuyo primer ejemplar fue distribuido el 28 de mayo de 1895, como una publicación semanal, que en su primer número constaba apenas de cuatro carillas y traía un breve sumario que informaba a la ciudadanía sobre su contenido.

La Gaceta Judicial da a conocer las principales sentencias y autos emitidos por los jueces de la Corte Nacional de Justicia, en función de la materia que corresponde a cada sala especializada, así como los precedentes jurisprudenciales obligatorios y las resoluciones en caso de duda u oscuridad de la ley adoptados por el Pleno del organismo y las sentencias emitidas por el presidente de la institución en los procesos de extradición; con la finalidad de que se constituya en una fuente que coadyuve al desarrollo del Derecho, en búsqueda de mejorar el sistema de administración de justicia del Ecuador.

Esta edición corresponde al sexto número de la serie XIX, que contiene los fallos y resoluciones expedidas en el año 2021, con lo cual la Corte Nacional de Justicia cumple 126 años de continua publicación de su más relevante obra y materializa uno de los principios de la Justicia Abierta, como es la transparencia.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial

año 2021

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES 2021		
R: 01-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Competencia para conocer y resolver los recursos de apelación presentados por juzgadores respecto de la condena en costas procesales.	2963
R: 02-2021	Resolución general y obligatória. Integración de las salas de jueces de la Corte Nacional de Justicia.	2969
R: 03-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Procedimiento para el reemplazo de jueces nacionales por ausencia temporal o definitiva.	2971
R: 04-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia.	2974
R: 05-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Acumulación indebida de acciones por despido ineficaz.	2977
R: 06-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Medidas aplicables durante el estado de excepción.	2979
R: 07-2021	Precedente jurisprudencial obligatorio. Cálculo de la pensión jubilar patronal.	2982
R: 08-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Trámite de los procesos judiciales de traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes.	2985
R: 09-2021	Resolución general y obligatória. Instructivo para el juzgamiento de las juezas y de los jueces de la Corte Constitucional por delitos de acción penal pública.	2988
R: 10-2021	Precedente jurisprudencial obligatorio. Caducidad de la facultad de control de la Contraloría General del Estado.	2992
R: 11-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Competencia en la ejecución de la reparación integral a favor de la víctima.	2995
R: 12-2021	Precedente jurisprudencial obligatorio. Plazo para la caducidad de la potestad determinadora de la Contraloría General del Estado.	2999
R: 13-2021	Precedente jurisprudencial obligatorio. Criterios objetivos para la determinación de las medidas socioeducativas y su duración.	3001
R: 14-2021	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Aclara el art. 534 del COIP respecto de la prisión preventiva.	3006

PRESIDENCIA

Exp. Nro. : 87-2019	Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Peter Robert Dettmer, requerido por los Estados Unidos de América para ser enjuiciado por el presunto delito de abuso sexual cometido en contra de dos mujere.	3015
Exp. Nro. : 12-2021	Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Mehmet Sirri Demir, requerido por la República de Turquía para ser enjuiciado por el presunto delito de tráfico o suministro de estupefacientes o sustancias estimulantes.	3033

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 374-2021 J: 17811-2019-01415	Caducidad del ejercicio para demandar en la vía contencioso administrativa.	3045
II. R: 455-2021 J: 18803-2016-00062	Excepciones a la coactiva: Inexistencia de obligación por nulidad de título ejecutivo (pagaré).	3053
III. R: 489-2021 J: 01803-2019-00003	Ilegalidad e Ilegitimidad del acto administrativo.	3070
IV. R: 591-2021 J: 09801-2012-0673	Nulidad de acto administrativo.	3084
V. R: 709-2021 J: 09801-2012-0673	Ilegalidad y nulidad del acto administrativo.	3092
VI. R: 710-2021 J: 01803-2018-00396	Responsabilidad estatal extracontractual objetiva: Daños y perjuicios y daño.	3100
VII. R: 848-2021 J: 17811-2019-00987	Cumplimiento de contrato.	3117
VIII. R: 867-2021 J: 17741-2016-1006	Nulidad del hecho administrativo.	3130

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 250-2021 J: 01501-2018-00023	Competencia para ejercer la facultad determinadora del impuesto a los consumos especiales de bienes importados.	3143

II. R: 443-2021 J: 01501-2017-00083	Oportunidad para la presentación de excepciones a la coactiva ante el funcionario ejecutor de la administración tributaria.	3153
III. R: 530-2021 J: 17505-2007-24646	Falta de legitimación activa por ausencia de litis consorcio necesario en demanda propuesta por un consorcio.	3160
IV. R: 591-2021 J: 17510-2019-00165	Declaratoria de abandono del proceso ante inasistencia de la parte actora a la audiencia preliminar.	3171
V. R: 594-2021 J: 11804-2019-00171	Doble juzgamiento por los mismos hechos por parte de la administración tributaria.	3179
VI. R: 603-2021 J: 17510-2019-00160	La compensación de obligaciones como hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas.	3185

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

I. R: 448-2021 J: 01100-2019-00003	Naturaleza del delito de prevaricato y principio de mínima intervención penal.	3199
II. R: 587-2021 J: 17721-2017-0108	Verificación de los elementos constitutivos de cada delito cuando existe concurrencia de varios.	3215
III. R: 643-2021 J: 09333-2018-00282	Naturaleza y autonomía del delito de lavado de activos.	3224
IV. R: 1521-2020 J: 07710-2018-01058	Complicidad del conviviente en delitos de tenencia y posesión ilícita de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.	3259
V. R: 715-2021 J: 23281-2018-01363	Inducción a error a la víctima para la configuración del delito de estafa.	3278
VI. R: 716-2021 J: 09266-2018-00198	Naturaleza fáctica de las circunstancias atenuantes.	3289
VII. R: 797-2021 J: 03281-2018-00397	Aplicabilidad de la agravante de inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito en el delito de muerte culposa.	3307
VIII. R: 848-2021 J: 11282-2015-00788	Aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes en delitos contra la administración pública	3316

IX. R: 1000-2021 J: 17721-2013-1471	Aplicación de una pena declarativa para no vulnerar el principio de *non reformatio in pejus.*	3342
X. R: 1054-2021 J: 09901-2012-0012	Aplicación de una prueba directa vs una prueba indiciaria para revocar una sentencia y reestablecer el estado de inocencia del procesado.	3365
XI. R: 1081-2021 J: 17721-2012-0338	Restitución del estado de inocencia por hechos nuevos.	3391
XII. R: 1186-2021 J: 15281-2016-00841	Determinación de la afectación psicológica en un delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.	3427
XIII. R: 1187-2021 J: 17292-2018-00769	Infracción al deber objetivo de cuidado en muerte culposa en accidente de tránsito.	3440
XIV. R: 755-2021 J: 07283-2018-00015	Derecho a la verdad en delitos sexuales.	3455

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I. R: 228-2021 J: 17316-2019-00033	Despido injustificado a una persona con discapacidad.	3481
II. R: 249-2021 J: 11335-2019-00049	Jubilación patronal en los Gobiernos Autónomos Descentralizados.	3491
III. R: 298-2021 J: 09359 2019-01804	Nulidad por falta de pronunciamiento del recurso de apelación.	3499
IV. R: 308-2021 J: 09359-2019-01177	Valoración conjunta de la prueba.	3509
V. R: 311-2021 J: 13267-2018-00118	Bonificación por jubilación y cosa juzgada por acta de mediación.	3520
VI. R: 324-2021 J: 11335-2019-00368	Aplicación de ordenanzas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados sobre jubilación patronal.	3528
VII. R: 323-2021 J: 09359-2019-00072	Despido injustificado de quien tuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad.	3542

VIII. R: 372-2021 J: 09359-2019-02778	Acoso laboral.	3549

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. R: 61-2021 J: 23331-2017-02154	Cumplimiento de requisitos sustanciales para que opere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.	3569
II. R: 94-2021 J: 06335-2017-02500	La prescriptibilidad como requisito para que opere la acción extraordinaria adquisitiva de dominio.	3588
III. R: 110-2021 J: 13337-2017-01340	La temporalidad como requisito sine qua non para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria de dominio.	3614
IV. R: 111-2021 J: 12333-2018-00230	Pretensiones incompatibles dentro de una acción de reivindicación de bien inmueble.	3634

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. R: 147-2021 J: 23201-2018-01154	Nulidad del acto de segunda inscripción de nacimiento en el Registro Civil.	3647
II. R: 165-2021 J: 14304-2018-00997	Valoración en conjunto del acervo probatorio en una acción de declaratoria judicial de paternidad *post mortem.*	3667

Gaceta Judicial

año 2021

RESOLUCIONES
2021

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LOS RECURSOS DE APELACIÓN PRESENTADOS POR JUZGADORES RESPECTO DE LA CONDENA EN COSTAS PROCESALES

RESOLUCIÓN No. 01-2021

1.- NORMATIVA APLICABLE

Entre las funciones que corresponden a la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de ese organismo, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. Expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.*"

La facultad de la Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, constituye una de las labores fundamentales de este Órgano de justicia, íntimamente vinculada con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República). Se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "Artículo 11. *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*"

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia proporciona a las juezas y jueces de instancia, tribunales provinciales, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normatividad jurídica en la solución en casos controvertidos o cuando existan vacíos en la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

La Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

El Artículo 7, inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrá ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus competencias."*.

El Artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia…".*

De acuerdo con los Arts. 156 y 157 de ese Código, la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados; y la competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley.

Las y los jueces o tribunales superiores están en la potestad de declarar la nulidad procesal cuando conozcan algún proceso ya sea en apelación o casación, en virtud de que ejercen un control jurisdiccional respecto de las actuaciones de los juzgadores de primer nivel. Debiendo señalar además que, en caso de declarar la nulidad procesal, la o el juzgador de instancia que causó la nulidad, deberá pagar las costas procesales; así lo establece el Art. 287 del Código Orgánico General de Procesos; y en materia penal los Arts. 356.2 y 604.2 del Código Orgánico Integral Penal en los que se dispone que la nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso y provoque indefensión. Toda omisión hará responsable a los juzgadores que en ella incurren, quienes serán condenados en las costas respectivas.

Cuando una jueza o juez de primer nivel ha sido condenado en costas tiene el derecho de apelar de esta decisión, así lo dispone el Art. 288 del Código Orgánico General de Procesos:

> "*Apelación. En el caso de que se apele solo por la condena en costas, la sentencia o el auto interlocutorio se ejecutarán en lo principal y accesorio.*
>
> *Para la sustanciación del recurso de apelación de las costas, bastará la copia certificada que subirá en instancia, dejando el original del proceso para la ejecución de la sentencia o auto interlocutorio.*
>
> *Las o los juzgadores que hayan sido condenados en costas o multas, podrán apelar, aun cuando las partes no recurran, por no quererlo o por prohibición de la ley. Este recurso no impedirá el progreso de la causa principal y solo suspenderá la ejecución de la condena a la o al juzgador recurrente.".*

Esta disposición es aplicada en materia no penal por las Salas de la Corte Nacional de Justicia, para conocer y resolver sobre el recurso de apelación de juezas y jueces en lo concerniente a la condena en costas.

Sin embargo, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que no es competente para conocer los recursos de apelación a la condena en costas, por cuanto aquello compete a otro tribunal de la Corte Provincial de Justicia, distinto al que dictaminó la nulidad, de conformidad con el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Este pronunciamiento se fundamenta en las disposiciones de los artículos 1, 11 numeral 9, 66 numerales 3 y 4, 76 numeral 3, 75, 76 numeral 7 literal k), 76 numeral 7 literal m), 82, 167, 184, de la Constitución de la Republica, 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 9 numeral 1, 14, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 186, 208 y 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, en base de las cuales concluyen que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, no tiene competencia para conocer y resolver el recurso de apelación de la condena en costas; pues a esa Sala le corresponde conocer los recursos expresamente establecidos en el Código Integral Penal, en relación al Código Orgánico de la Función Judicial, así como, actuar en calidad de Tribunal de apelación, en los casos de fuero de Corte Nacional, sin que, el recurso de apelación en costas, se enmarque dentro de los parámetros legales, por cuanto el recurrente no goza de fuero de Corte Nacional y debe seguir el procedimiento ordinario, conforme las reglas de impugnación establecidas en la ley.

Al existir diferentes criterios en torno a la competencia para conocer y resolver sobre el recurso de apelación en costas, se hace necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en aplicación del Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, emita una resolución que aclare el alcance del Art. 288 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de si esa norma es también aplicable a los procesos penales. En tal sentido, las juezas y jueces de primera instancia, a través de consultas, han expresado su inquietud respecto de la aplicación de las normas legales en cuanto al derecho a apelar de la condena en costas y de la competencia para conocer de ese recurso.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Conforme lo establece el Artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, la jurisdicción y competencia nacen de la Constitución y la ley. La competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados. El Artículo 157 del mismo cuerpo legal, dispone que la competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley.

La competencia es una de las garantías básicas del debido proceso, pues conforme el Artículo 76 numeral 3 y 7 letra k) de la Constitución de la República: "3. *Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; y, 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías básicas: k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto*.".

En materias no penales, de acuerdo con lo previsto en los Arts. 110 y 111 del Código Orgánico General de Procesos, la nulidad procesal puede declararse de oficio o a petición de parte, como también a través del recurso de apelación.

En caso de que se declare la nulidad total o parcial de un proceso, el juzgador a cargo del mismo, es quien tenía la obligación de precautelar la validez procesal y en caso de no hacerlo, responde por las costas procesales ocasionadas, así lo dispone el Art. 287 del Código Orgánico General de Procesos:

> *"Condena en costas a las o los juzgadores. Cuando la o el juzgador, debiendo declarar la nulidad no la declare pagará las costas ocasionadas desde que pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso.*

En materia penal este principio de responsabilidad está previsto en los artículos 652.10 y 604.2 del Código Orgánico Integral Penal en los que se dispone que la nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso y provoque indefensión.

A la o el juzgador que ha sido condenado en costas, le asiste el derecho a que esa decisión sea revisada por otro órgano judicial superior; en el caso de las juezas y jueces de primera instancia, cuando la nulidad es declarada por un tribunal de segunda instancia, el recurso de apelación, exclusivamente respecto de las costas procesales, no puede ser conocido por otro tribunal del mismo nivel o instancia, pues se estaría incumpliendo con el elemento de "órgano superior" previsto por el legislador en el artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo que se lo debe interponer ante la Corte Nacional de Justicia, para que sea resuelto por la Sala Especializada en la materia en la que se produjo la declaratoria de nulidad.

Respecto del derecho a apelar sobre la condena en costas el Art. 288 del Código Orgánico General de Procesos dispone:

> "*Apelación. En el caso de que se apele solo por la condena en costas, la sentencia o el auto interlocutorio se ejecutarán en lo principal y accesorio.*

Para la sustanciación del recurso de apelación de las costas, bastará la copia certificada que subirá en instancia, dejando el original del proceso para la ejecución de la sentencia o auto interlocutorio.

Las o los juzgadores que hayan sido condenados en costas o multas, podrán apelar, aun cuando las partes no recurran, por no quererlo o por prohibición de la ley. Este recurso no impedirá el progreso de la causa principal y solo suspenderá la ejecución de la condena a la o al juzgador recurrente.".

En cuanto a su ámbito, el Código Orgánico General de Procesos es aplicable en todas las materias, excepto en constitucional, electoral y penal. Ahora bien, la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal dispone que en lo no previsto en ese Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral; en ese sentido, se considera que el artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos no es incompatible con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral, pues es un incidente que se resuelve de manera independiente y no afecta a los sujetos procesales y a la decisión de la causa principal.

En este punto es importante aclarar que la apelación en costas es exclusivamente respecto de si hubo o no responsabilidad de la o el juzgador de primera instancia en la causa que provoca la nulidad del proceso, es decir, si fue responsable de esa nulidad; pero de ninguna manera este recurso permite la revisión del auto de nulidad dictado por el tribunal de segunda instancia.

Esta Corte Nacional de Justicia, en sentencia que resuelve el incidente de conflicto de competencia negativa No. 03-2020 de 8 de julio de 2020, se pronunció en el sentido de que:

"4. 2 Las normas citadas no hacen otra cosa que recoger dos criterios fundamentales en materia procesal, el primero, que la resolución que condena al pago de costas causa agravio, y, el segundo, que la apelación deba ser conocida y resuelta por un órgano jurisdiccional superior al que impuso la condena. En este sentido la doctrina coincide en que: "La apelación o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior"[1]. En igual sentido otro autor enseña: "La apelación, constituye el más importante y usual de los recursos ordinarios, es el remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba"[2]".

Es decir que la resolución de los recursos de apelación siempre corresponderá a un juez o tribunal jerárquicamente superior, por tanto, no puede ser competente otro juez o tribunal de la misma corte provincial para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la condena en costas procesales.

En cuanto al tema de la competencia de la Corte Nacional de Justicia, si bien el artículo 184.1 de la Constitución de la Republica expresa que es una Corte de casación y revisión, también le da facultad para conocer los demás recursos que establezca la ley.

---

[1] Couture, Eduardo, *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976, p. 351.
[2] Palacio, Lino Enrique, *"Manual de Derecho Procesal Civil"*, Abeledo-Perrot, Sexta Edición, p. 329.

Los artículos 185, 186, 189, 190 y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se refieren a la competencia de las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario; de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado; Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores; Civil y Mercantil; y, Laboral, todos ellos contienen un numeral en el que se dispone que corresponde a su competencia conocer *"los demás asuntos que establezca la ley"*. Estas normas abiertas permiten aplicar el artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos según el análisis realizado respecto de la competencia para la apelación de la sanción en costas a juezas y jueces, sin irrespetar el principio de reserva legal de la competencia jurisdiccional de la Corte Nacional de Justicia.

También existe la duda respecto de la competencia para conocer el recurso de apelación cuando la nulidad procesal es dictada por la Corte Nacional de Justicia en casación o revisión, condenando en costas a los tribunales de las Cortes Provinciales o a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario. Sobre el tema se considera que el órgano competente sería el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de la estructura de la Corte establecida en el artículo 178 del Código Orgánico de la Función Judicial, como ocurre en el caso de los conflictos de competencia entre las distintas Salas de la Corte Nacional o también en el caso de la declaratoria jurisdiccional previa para las infracciones previstas en el artículo 309.7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.- CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en aplicación del Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial emita una resolución general y obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario, en la que se aclare que corresponde a las Salas Especializadas de esta Corte la competencia para conocer y resolver sobre los recursos de apelación respecto de la condena en costas, de los autos de nulidad expedidos por la Cortes Provinciales; y al Pleno de la Corte en caso de la apelación por la condena en costas contra jueces de las Cortes Provinciales o de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario.

RESOLUCIÓN No. 01-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: …6. Expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial."*

Que el artículo 76 numeral 3 y 7 letra k) de la Constitución determina: *"3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; y…7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías básicas: …k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto"*.

Que el artículo 7, inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "*La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrá ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el*

ámbito de sus competencias."; y, de acuerdo con los artículo 156 y 157 de ese Código, la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados;

Que las y los jueces o tribunales están en la potestad de declarar la nulidad procesal, cuando conozcan algún proceso ya sea en apelación o casación, en virtud de que ejercen un control jurisdiccional respecto de las actuaciones de los juzgadores de primer nivel; y que, en caso de declararse la nulidad procesal, la o el juzgador de instancia que la provocó, deberá pagar las costas procesales; así lo establece el artículo 287 del Código Orgánico General de Procesos; y en materia penal los artículos 652.10 y 604.2 del Código Orgánico Integral Penal;

Que las juezas y jueces de primer nivel que ha sido condenado en costas tienen el derecho de apelar de esta decisión, conforme lo dispone el artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos: "*Apelación. En el caso de que se apele solo por la condena en costas, la sentencia o el auto interlocutorio se ejecutarán en lo principal y accesorio. Para la sustanciación del recurso de apelación de las costas, bastará la copia certificada que subirá en instancia, dejando el original del proceso para la ejecución de la sentencia o auto interlocutorio. Las o los juzgadores que hayan sido condenados en costas o multas, podrán apelar, aun cuando las partes no recurran, por no quererlo o por prohibición de la ley. Este recurso no impedirá el progreso de la causa principal y solo suspenderá la ejecución de la condena a la o al juzgador recurrente*.";

Que se han presentado dudas respecto a qué juez es el competente para conocer del recurso de apelación sobre la condena en costas, cuando los tribunales de segunda instancia o de la Corte Nacional declaran la nulidad procesal, especialmente en el sentido de si la norma del artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos es aplicable en materia penal;

Que para la resolución de los recursos de apelación (recurso vertical) siempre será el competente un juez o tribunal superior en grado, por tanto, no puede ser otro juez o tribunal de la misma instancia, es decir de la propia Corte Provincial quien tenga facultad para resolver sobre el recurso de apelación de costas procesales. En cuanto a la competencia de la Corte Nacional de Justicia, si bien el artículo 184.1 de la Constitución de la Republica expresa que es una Corte de casación y revisión, también les da facultad para conocer los demás recursos que establezca la ley;

Que los artículos 185, 186, 189, 190 y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales se refieren a las competencias de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, contienen un numeral en el que se dispone que también les corresponde conocer los demás asuntos que establezca la ley, entre los que se incluye la apelación de la sanción en costas a juezas y jueces por aplicación del artículo 288 del Código Orgánico General de Procesos; y,

Que por tanto, respecto del recurso de apelación sobre la condena en costas dictada contra jueces o tribunales de segundo nivel, la competencia corresponde a la Sala Especializada de la respectiva materia de la Corte Nacional de Justicia; y si el recurso es contra la condena en costas dictada por una Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia a un tribunal de Corte Provincial, o a un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, la competencia corresponde al del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y,

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Son competentes para conocer y resolver los recursos de apelación presentados por las y los juzgadores de primera instancia, respecto de la condena en costas procesales declarada en autos de nulidad procesal dictados por los tribunales de apelación, los tribunales de las distintas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que correspondan a la materia del proceso en los cuales se declaró la nulidad procesal.

Cuando la condena en costas sea dictada por tribunales de las Salas de la Corte Nacional de Justicia contra jueces de las Cortes Provinciales o de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, el recurso de apelación será conocido y resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se designará una jueza o juez ponente distinto a los del tribunal que dictó el auto de nulidad.

La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los trece días del mes de enero del dos mil veintiuno.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Iván León Rodríguez (VOTO EN CONTRA), Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dra. Dilza Muñoz Moreno, Dr. Carlos Pazos Medina, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Víctor Fernández Alvarez, Dr. José Layedra Bustamante, Dr. Javier de la Cadena Correa, CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN GENERAL Y OBLIGATÓRIA

INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE JUECES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 02-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, integrará al menos una Sala. A pedido suyo, durante el tiempo que desempeñe la Presidencia, podrá actuar en su lugar la Conjueza o el Conjuez que se designe por sorteo. Una Jueza o un Juez Nacional podrá integrar más de una Sala por necesidad del servicio de justicia, lo cual será resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respetando el principio de especialidad. Cada Sala especializada nombrará a su Presidente o Presidenta para el período de un año, quien no podrá ser reelecto inmediatamente".*

Que la Resolución 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962, de 14 de marzo de 2017, que contiene el Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dispone: *"Art. 3.- Son funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: …11. Determinar el número de juezas y jueces nacionales de cada sala especializada de la Corte Nacional de Justicia y proceder a su integración"*

En uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

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

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz
2. Dr. Fabián Patricio Racines Garrido
3. (vacante Dr. Pablo Tinajero Delgado)
4. (vacante Dr. José Luis Terán Suárez)

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Dr. José Suing Nagua
2. Dra. Gilda Rosana Morales Ordoñez
3. (vacante Dra. Ana María Crespo Santos)

SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRANSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

1. Dra. Daniella Camacho Herold
2. Dr. Marco Rodríguez Ruiz
3. Dr. Iván Saquicela Rodas
4. Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa
5. Dr. Byron Javier Guillen Zambrano
6. Dr. Walter Samno Macías Fernández
7. Dr. Luis Antonio Rivera Velasco

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

1. (vacante Dra. María Rosa Merchán Larrea)
2. (vacante Dr. Carlos Ramírez Romero)
3. (vacante Dr. Vicente Robalino Villafuerte)

SALA DE LO LABORAL

1. Dra. Katerine Muñoz Subía
2. Dra. María Consuelo Heredia Yerovi
3. Dr. Alejandro Arteaga García
4. Dra. Enma Teresita Tapia Rivera

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

1. (vacante Dra. María Rosa Merchán Larrea)
2. (vacante Dr. Carlos Ramírez Romero)
3. (vacante Dr. Vicente Robalino Villafuerte)

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Enrique Velásquez, Díaz Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Teresita Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa, Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, Dr. Byron Javier Guillen Zambrano, Dr. Walter Samno Macías Fernández, Dr. Luis Antonio Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dra. María de los Angeles Montalvo Escobar, Dr. Carlos Pazos Medina, Dr. Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

———• ᔓ •———

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

PROCEDIMIENTO PARA EL REEMPLAZO DEJUECES NACIONALES POR AUSENCIA TEMPORAL O DEFINITIVA

RESOLUCIÓN No. 03-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República en sus artículos 75 y 82, reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica;

Que la Constitución de la República en sus incisos primero, segundo y tercero del artículo 182 ordena: "*La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley. Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años. En cada sala se elegirá un presidente para el período de un año. Existirán conjuezas y conjueces que formarán parte de la Función Judicial, quienes serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares…"*;

Que el artículo 173.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, agregado por el artículo 40 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 8 de diciembre de 2020, dispone: *"…2. En caso de cesación de una jueza o juez por las causales previstas en este Código antes de cumplir nueve años en funciones, será reemplazado por la conjueza o el conjuez especializado mejor puntuado en la última evaluación dirigida por el Consejo de la Judicatura, quien cumplirá sus funciones hasta terminar el período correspondiente al de la jueza o juez cesado. En caso de no aceptar la conjueza o el conjuez especializado dicha designación, se nombrará al siguiente mejor puntuado…";*

Que el artículo 173.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, agregado por el Art. 41 de la Ley s/n, R.O. 345-S, 08-XII-2020, establece: *"Causales de cesación de los miembros de la Corte Nacional de Justicia.- El Consejo de la Judicatura, garantizando el derecho a la defensa y a través de un procedimiento administrativo con veeduría ciudadana conformada por destacados profesionales del Derecho con probidad, ética y notable trayectoria, podrá cesar a las juezas, jueces, conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia cuando incurran en una de las siguientes causales: 1. Incapacidad física o mental permanente, debidamente comprobada y declarada por un tribunal de médicos;2. Haber incurrido en cualquiera de las infracciones previstas en el artículo 109 del presente Código; y,3. Las demás establecidas de forma expresa en la Constitución y la ley";*

Que el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: *"Reemplazo temporal.- En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjueza o conjuez para que lo reemplace";*

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 201 determina que a las conjuezas y a los conjueces les corresponde: *"1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia;…";*

Que existe duda en cuanto al mecanismo legal que se debe aplicar cuando se produzcan puestos vacantes en la Corte Nacional de Justicia de juezas y jueces nacionales titulares y conjuezas o conjueces nacionales, en el evento de que el concurso convocado por el Consejo de la Judicatura para su selección, no hubiere logrado designar el número total de juezas y jueces para el que fue convocado;

Que además, existen dudas respecto de la forma en que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia debe proceder para llamar a las y los Conjueces que reemplazarán a una o un Juez Nacional en caso de ausencia definitiva;

Que también han surgido dudas sobre el procedimiento que debe seguir la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia para el reemplazo de un Conjuez, en caso de ausencia temporal;

Que a fin de garantizar los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, contemplados en la Constitución de la República, es necesario establecer reglas previas, claras, públicas respecto de la forma en que se llamará a los Conjueces, tanto en caso de ausencia definitiva, como en el de impedimento o ausencia temporal;

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

RESUELVE:

Art. 1.- Ausencia definitiva de un Juez Nacional.- Si una Jueza o Juez Nacional cesare en su cargo por una de las causas previstas en la ley antes de cumplir el período para el cual fue designado, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará en su reemplazo a la conjueza o el conjuez de la respectiva Sala especializada que haya obtenido la mejor puntuación en la última evaluación dirigida por el Consejo de la Judicatura, quien cumplirá sus funciones hasta terminar el período correspondiente al de la jueza o juez cesado o hasta que se nombre el titular.

En caso de no aceptar la conjueza o el conjuez especializado dicha designación, se llamará al siguiente mejor puntuado de la misma Sala y así sucesivamente. Si no hubiere o no aceptase ninguno de los conjueces de la sala especializada, se llamará al conjuez mejor puntuado de la Sala afín, y a su falta, a cualquiera de las demás conjuezas o conjueces de la Corte Nacional de Justicia, en el orden de puntuación de la respectiva evaluación.

Si existieren conjueces evaluados y otros no evaluados, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará primero a aquellos que hubieren sido evaluados en la Sala respectiva y a su falta, a la Conjueza o Conjuez más antiguo de la respectiva especialidad, en el orden en que hubieren sido designados.

Si existieren conjueces titulares y temporales, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará primero a los titulares.

En ningún caso un conjuez podrá reemplazar a un juez por un tiempo mayor al que correspondiere a su propia designación.

Art. 2.- Procedimiento para el encargo por ausencia temporal de un Juez Nacional.- En los casos de ausencia temporal de una de las Juezas o Jueces Nacionales, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo sorteo, a uno de los conjueces hábiles de la respectiva Sala especializada para que lo reemplace, con los mismos deberes y atribuciones que el principal.

Si la Conjueza o Conjuez llamado estuviese también impedido o ausente, se llamará por sorteo a otro de los conjueces o conjuezas de la sala especializada, y así sucesivamente. En caso de estar impedidos o ausentes todos los conjueces de la sala especializada, se llamará por sorteo a los Conjueces de la Sala afín, y a su falta, a cualquiera de las demás Conjuezas o Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

Art.3.- Salas afines.- Son Salas afines:

- Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario;
- Civil y Mercantil; Laboral; y, Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores;
- Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado con la Sala que conozca Adolescentes Infractores.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- Una vez que se integren las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia con sus juezas o jueces titulares, quedarán sin efecto todos los encargos realizados a los Conjueces de los despachos vacantes.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Gustavo Durango Vela, Iván Larco Ortuño, Fernando Cohn Zurita, María de los Angeles Montalvo Escobar, Carlos Pazos Medina, Pablo Valverde Orellana, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Julio Arrieta Escobar, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

INSTRUCTIVO PARA LA DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS EN CASO DE RENOVACIÓN PARCIAL DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 04-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República en el inciso primero del artículo 182 ordena: *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley"*.

Que el Código Orgánico de la Función Judicial determina en el artículo 173: *"Integración.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas. Serán designadas y designados previo concurso de oposición y méritos, con impugnación y control social dirigido por el Consejo de la Judicatura para un período de nueve años. Se garantizará, a través de medidas de acción afirmativa, la paridad entre mujeres y hombres. No podrán ser reelectos. La Corte se renovará, de manera parcial, por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme con este Código"*.

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso

Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, correspondiendo al Pleno determinar las Juezas y Jueces que integrarán las diferentes Salas en el número que la necesidad del servicio lo requiera, tomando en cuenta su especialidad, pudiendo una jueza o juez integrar más de una Sala, resolución que podrá ser modificada en cualquier tiempo;

Que con Resolución No. 008-2021, el Consejo de la Judicatura ha designado a los nuevos jueces y conjueces que formarán parte de la Corte Nacional de Justicia;

Que al haber sido renovada una parte de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia, el Pleno de este Tribunal, en uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante Resolución No. 02-2021, procedió a integrar sus seis Salas especializadas.

Que una vez que se han procedido a conformar las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, es necesario aclarar las dudas que han surgido respecto de la determinación de la competencia de las causas que se encuentran pendientes de resolución;

Que el artículo 163 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer las reglas generales para determinar la competencia de juezas y jueces, dispone: *"…2. Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes"*.

Que el artículo 201.1 ibídem establece que a las conjuezas y a los conjueces les corresponde reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia;

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Dictar el siguiente Instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia:

Art. 1.- En el evento de que no se modifique el número de integrantes de una Sala especializada:

a) Los jueces y juezas que permanezcan en la Corte Nacional de Justicia luego de una renovación parcial e integren la misma sala especializada, continuarán en conocimiento de las causas en que se ha radicado su competencia, en la misma calidad que les ha correspondido por sorteo, esto es, como ponentes, jueces de garantías penales o miembros del tribunal, según corresponda.

b) Las causas que se encontraban en conocimiento de los jueces o juezas sustituidos, serán sorteadas equitativamente entre los jueces o juezas que ingresen a la Sala respectiva, quienes asumirán la competencia en la misma calidad que tenían aquéllos.

En el sorteo no se tomará en cuenta a aquellos magistrados y magistradas que ya forman parte de cada tribunal.

Art. 2.- En caso de que aumente o disminuya el número de integrantes de una Sala especializada, los procesos serán sorteados equitativamente entre todas sus juezas y jueces, con excepción de aquellos en que alguno hubiere intervenido en una audiencia oral o hubiere dictado resolución por escrito, en cuyo caso conservará la competencia.

Art. 3.- En los casos en que un conjuez o conjueza permanezca en las mismas funciones luego de una renovación parcial de la Corte Nacional, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Las causas que estén siendo conocidas por conjueces o conjuezas en virtud de la excusa o recusación de un juez o jueza nacional, permanecerán en su conocimiento, salvo que pasen a integrar como jueces encargados una Sala de una materia diferente a la del proceso de su conocimiento.

b) En los casos en que un conjuez o conjueza haya sido llamado a actuar en una causa por ausencia temporal de un juez o jueza de la Corte Nacional de Justicia, continuará en su conocimiento si hubiese actuado en una audiencia oral, salvo que pase a integrar como juez encargado una Sala de una materia diferente a la del proceso de su conocimiento. La misma regla se aplicará para los conjueces o conjuezas que hayan emitido resolución por escrito en una causa que se sustancie con el procedimiento escrito.

Art. 4.- En los casos en que un conjuez o conjueza pase a desempeñar las funciones de juez o jueza titular, luego de una renovación parcial de la Corte Nacional, se aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior siempre que sea asignado a la misma Sala especializada. Caso contrario, se sorteará la causa entre los jueces o juezas hábiles que integren la Sala.

Art. 5.- Los procesos no penales que se encuentren en fase de admisibilidad de un recurso de casación o de hecho, continuarán en conocimiento de los conjueces y conjuezas que permanezcan en la Corte Nacional de Justicia e integren la misma sala especializada a la que originalmente fueron asignados. Caso contrario, dichos procesos serán sorteados entre todos los conjueces que ingresen a la respectiva Sala.

Art. 6.- Las causas en las que se hubiere presentado excusa por parte de una de las juezas o jueces nacionales que han dejado de pertenecer a la Corte Nacional de Justicia, en las que aún no se ha designado al reemplazo, serán conocidas por la jueza o juez que corresponda de conformidad con las reglas que anteceden.

Art. 7.- Esta Resolución deja sin efecto a las Resoluciones 04-2013, 02-2015, 02-2018 y 04-2019, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

ACUMULACIÓN INDEBIDA DE ACCIONES POR DESPIDO INEFICAZ

RESOLUCIÓN No. 05-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: …6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial";*

Que el artículo 76.3 de la Constitución de la República establece como una de las dimensiones del principio de legalidad, que debe existir un procedimiento claramente prestablecido para el juzgamiento de una acción, como la que hace relación a la protección de la mujer en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como por los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones.

Que el artículo 43 de la Constitución de la República señala que el Estado garantiza a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

Que el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, establece la obligación de los Estados de prestar especial protección a la maternidad y la infancia. Por su parte, el artículo 11 numeral 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que, a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; entre otros.

Que los artículos 195.1 y 195.2 del Código del Trabajo, agregados por el artículo 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483, de 20 de abril de 2015, en ese orden disponen: "*Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187"; "Art. 195.2.- Acción de despido*

ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días. (…)";

Que existen dudas en las y los jueces de instancia en la aplicación de las mencionadas normas relativas a la acción de despido ineficaz, cuando a la acción presentada por la mujer en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como por los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones, se añaden otras pretensiones de índole laboral que requieren un trámite procesal diferente, generándose una indebida acumulación de pretensiones; toda vez que algunas juezas y jueces estiman improcedente esta clase de demandas y las inadmiten; en tanto que otras juezas y jueces resuelven admitir solamente en lo relativo al reclamo del despido ineficaz, dejando a salvo las acciones por otros derechos laborales.

Que es necesario dictar una Resolución sobre el alcance y aplicación de los artículos 195.1, 195.2 y 195.3 del Código del Trabajo, los cuales fueron añadidos mediante la vigencia del art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, respecto a la acción de declaratoria de ineficacia del despido intempestivo, cuando a la misma se acumulan otras pretensiones de índole laboral; y,

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- En los juicios individuales de trabajo, en los que las personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como por los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones demanden la declaratoria de ineficacia del despido previsto en los artículos 195.1, 195.2 y 195.3 del Código del Trabajo, las juezas y los jueces, que al calificar la demanda, evidencien que a más de la pretensión exclusiva de esta norma, la o el accionante incorpore otras pretensiones relativas a derechos laborales, admitirán a trámite la demanda únicamente en lo que respecta a la declaratoria del despido ineficaz, dejando a salvo en la misma calificación el derecho de la persona trabajadora a reclamar por vía separada los demás beneficios laborales.

Art. 2.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza (VOTO EN CONTRA), Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier Cordero López CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

MEDIDAS APLICABLES DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

RESOLUCIÓN No. 06-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el señor Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo 1291, de fecha 21 de abril de 2021, declaró el estado de excepción por calamidad pública en dieciséis provincias del país, desde las 20h00 del 23 de abril de 2021 hasta las 23h59 del 20 de mayo de 2021, debido al contagio acelerado que está produciendo el COVID-19 y a la afectación a grupos de atención prioritaria y conmoción social que esto causa;

Que el artículo 5 del mencionado Decreto Ejecutivo, establece que el estado de excepción incluye el toque de queda que regirá de lunes a jueves desde las 20h00 hasta las 05h00; y, los días viernes, sábados y domingos, una restricción de movilidad absoluta que iniciará a las 20h00 de los días viernes y finalizará a las 05h00 de los días lunes;

Que el artículo 5 del citado Decreto también exceptúa de las mencionadas restricciones, entre otras a las siguientes personas y actividades: servidores públicos de la Función Judicial, funcionarios de la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado, Asamblea Nacional, Contraloría General, seguridad pública, y, abogados;

Que el artículo 8 de dicho Decreto determina que las Funciones del Estado, principalmente la Función Judicial, mantendrán la respectiva coordinación durante la vigencia del estado de excepción para contribuir al mantenimiento del orden público, mediante la aplicación de las sanciones contempladas en la ley, de ser el caso;

Que de conformidad con las disposiciones mencionadas, la Función Judicial debe garantizar los derechos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica por medio de la continuidad en la prestación del servicio de justicia, así como coadyuvar a que se cumplan los objetivos del estado de excepción. Considerando para ello que los horarios de restricción de movilidad no afectan a la generalidad de las actividades de las y los servidores judiciales, y, además, que la atención es permanente para los casos de flagrancia, de protección a víctimas de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y de garantías jurisdiccionales;

Que la resolución del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional del miércoles 21 de abril de 2021, dispone como medidas complementarias al estado de excepción, "*el teletrabajo obligatorio para el sector público y privado, incluyendo a los trabajadores de las funciones Ejecutiva, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social y Legislativa*";

Que el artículo 4 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), determina: *"Proceso oral por audiencias. - La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible."* Por su parte, el artículo 565 del Código Orgánico Integral Penal, (COIP) establece: "*Audiencias telemáticas u otros medios similares.- Cuando por razones de cooperación internacional, seguridad o utilidad procesal y en aquellos casos en que sea imposible la comparecencia de quien debe intervenir en la audiencia, previa autorización de la o el juzgador, la diligencia podrá realizarse a través de comunicación telemática o videoconferencia u otros medios técnicos semejantes, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. El dispositivo de comunicación de audio y video utilizado permitirá a la o al juzgador observar y establecer comunicación oral y simultánea con la persona procesada, la víctima, la o el defensor público privado, la o el fiscal, perito o testigo. Se permitirá que la persona procesada mantenga conversaciones en privado con su defensora o defensor público o privado. 2. La comunicación deberá ser real, directa y fidedigna, tanto de imagen como de sonido, entre quienes se presentan a través de estos medios y las o los juzgadores, las partes procesales y asistentes a la audiencia. 3. La o el juzgador adoptará las medidas que sean indispensables para garantizar el derecho a la defensa y el principio de contradicción. Las audiencias telemáticas podrán ser presenciadas por el público, excepto en los casos que exista una medida de restricción a la publicidad*."

Que con las medidas de distanciamiento social y las restricciones de movilidad, se busca evitar las fuentes de contagio, preservando la salud de las personas, de ahí que las condiciones del estado de excepción se adecuan a las situaciones excepcionales previstas en las citadas normas tanto del COGEP como del COIP. Además, que se hace necesario acatar la disposición del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, instruyendo que las audiencias judiciales en todas las materias se realicen usando de manera prioritaria los medios telemáticos. Igualmente se hace necesario que las y los usuarios del sistema de justicia, usen las ventanillas virtuales dispuestas por el Consejo de la Judicatura para la presentación de escritos dentro de los procesos judiciales; mientras tanto, las y los servidores judiciales deben necesariamente acogerse al teletrabajo, dejando lo presencial para la estrictamente esencial;

Que con la finalidad de precautelar la vida y la salud de todas y todos los usuarios y funcionarios del sistema de justicia, es necesario adoptar decisiones que abarquen a todas las judicaturas del país, y no solamente a las dieciséis provincias que hace mención la declaratoria del estado de excepción;

Que conforme se ha indicado en los considerandos anteriores, las condiciones establecidas en el estado de excepción no afectan a la continuidad del servicio de justicia, el cual está garantizado con la adopción de las audiencias telemáticas, el uso de las ventanillas virtuales, y el teletrabajo de las y los servidores de la Función Judicial, razón por la Que no hay lugar a la suspensión de términos y plazos de los procesos judiciales;

En ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales;

RESUELVE:

Artículo 1.- A fin de no afectar la continuidad del servicio de justicia, garantizar los derechos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, los plazos y términos en los procesos judiciales en todo el país se mantienen vigentes sin suspensión alguna.

Artículo 2.- Mientras se mantenga en vigencia el estado de excepción emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 1291, se dispone que en los procesos judiciales de todas las judicaturas del país, las audiencias se realicen por medios telemáticos, video conferencias u otros medios tecnológicos similares, salvo excepciones debidamente justificadas en cada caso por la o el Juez.

La o el juzgador adoptará las medidas que sean indispensables para garantizar el derecho a la defensa y el principio de contradicción, así como aquellas que garanticen la validez de las audiencias, como, por ejemplo, la grabación de las diligencias. Para ello, entre otros, se servirán de los protocolos de audiencias telemáticas dictados por la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura.

En el evento excepcional de que las audiencias se deban realizar presencialmente, se respetarán las medidas de bioseguridad correspondientes, a fin de salvaguardar la salud e integridad física de quienes participen en ellas.

Artículo 3.- Para la presentación de escritos en los procesos judiciales en todas las materias, se priorizará el uso de las ventanillas virtuales dispuestas por el Consejo de la Judicatura; así como el sistema de turnos web, y, se mantendrá activa la Oficina de Gestión Judicial Electrónica.

Artículo 4.- Los órganos de la Función Judicial deben adoptar decisiones eficaces que permitan mantener la continuidad del servicio de justicia, y que al mismo tiempo coadyuven al cuidado de la vida y la salud de las y los usuarios y de las y los servidores judiciales.

Artículo 5.- En virtud de la vigencia del estado de excepción, la presente resolución se aplicará de manera inmediata a partir de su expedición.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el veintitrés de abril del año dos mil veintiuno.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN
CÁLCULO DE LA PENSIÓN
JUBILAR PATRONAL

RESOLUCIÓN No. 07-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 , de 20 de octubre de 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que este delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

2. Que dicho procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas, que en un principio tiene efectos inter partes, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio erga omnes:

   - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;

   - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;

   - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

   - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009, establecen que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016, estableció el procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de las resoluciones de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:

a) **Resolución No. 0054-2021,** expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17371-2018-04562, de fecha viernes 9 de abril de 2021, a las 15h58; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional ponente, doctora Katerine Muñoz Subía y doctor Alejandro Arteaga García, Jueces Nacionales.

b) **Resolución No. 0093-2021**, expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación No. 17371-2019-03745, de fecha miércoles 5 de mayo de 2021, a las 15h10; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional ponente, doctora Enma Tapia Rivera y doctor Alejandro Arteaga García, Jueces Nacionales.

c) **Resolución No. 0101-202**1, expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación No. 11371-2019-00176, de fecha jueves 13 de mayo de 2021, a las 14h41; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional ponente, doctoras Liz Mirella Barrera Espín y Enma Tapia Rivera, Juezas Nacionales.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LA SENTENCIAS:

Las sentencias antes mencionadas resuelven el siguiente problema jurídico:

¿La pensión de jubilación patronal mensual no tiene como valor límite el salario básico unificado para el trabajador en general?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

La Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

1. La Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha sostenido reiteradamente que la pensión jubilar mensual no puede exceder el promedio de la remuneración mensual del trabajador individualmente considerado, y no del sueldo o salario mínimo unificado del trabajador en general, pues de ser este el caso, la regla haría referencia a él y a la aclaración respecto del error referido en la norma, no hubiese sido necesaria, eliminando del texto del artículo "mínima". Lo señalado conduce a determinar que el tope máximo para el pago de la jubilación patronal se ha de establecer acorde a la remuneración percibida por el trabajador, mas no a la retribución mínima del trabajador.

2. La Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia estima necesario indicar que la errónea interpretación consiste en una infracción por la cual el juzgador ha elegido la norma que es aplicable al caso que se juzga pero al interpretarla incurre en un error de hermenéutica jurídica,

pues le otorga un alcance y un sentido que no tiene. La mayoría de los casos que se presentan y la interpretación que realizan los tribunales de segunda instancia, como se ha expresado, es que la pensión jubilar mensual patronal no puede exceder del promedio de la remuneración percibida por el trabajador en general, guardando sindéresis con lo expuesto en cada caso.

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar como jurisprudencia obligatoria el criterio jurídico de la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la jurisprudencia desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0054-2021,** expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17371-2018-04562, de fecha viernes 9 de abril de 2021, a las 15h58; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional ponente, doctora Katerine Muñoz Subía y doctor Alejandro Arteaga García, Jueces Nacionales.

b) **Resolución No. 0093-2021,** expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación No. 17371-2019-03745, de fecha miércoles 5 de mayo de 2021, a las 15h10; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional ponente, doctora Enma Tapia Rivera y doctor Alejandro Arteaga García, Jueces Nacionales.

c) **Resolución No. 0101-2021,** expedida por la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación No. 11371-2019-00176, de fecha jueves 13 de mayo de 2021, a las 14h41; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional ponente, doctoras Liz Mirella Barrera Espín y Enma Tapia Rivera, Juezas Nacionales.

Artículo 2.- Declarar como jurisprudencia vinculante el siguiente punto de derecho:

"EL ARTÍCULO 216.2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO DEBE ENTENDERSE ASI: QUE LA PENSION JUBILAR PATRONAL NO SERÁ MAYOR QUE LA REMUNERACIÓN BÁSICA UNIFICADA MEDIA DEL TRABAJADOR. PARA ESTE CÁLCULO SE DEBE CONSIDERAR LA REMUNERACIÓN MENSUAL PROMEDIO DEL ÚLTIMO AÑO (SUMADO LO GANADO EN EL AÑO Y DIVIDIDO PARA DOCE) PERCIBIDO POR EL TRABAJADOR Y NO EL SALARIO BÁSICO UNIFICADO DEL TRABAJADOR EN GENERAL, VIGENTE AL MOMENTO DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL".

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua (Voto en contra), Dra. Daniella Camacho Herold (Voto en contra), Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Gustavo Durango Vela (Voto en contra), Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega (Voto en contra), Dra. Hipatia Ortiz Vargas (Voto en contra), Dr. Carlos Pazos Medina, CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

TRÁMITE DE LOS PROCESOS JUDICIALES DE TRASLADO Y RETENCIÓN ILÍCITA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

RESOLUCIÓN No. 08-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. Expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.";*

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, una de las facetas del principio de legalidad hace relación a que debe existir un procedimiento claramente prestablecido para la sustanciación y juzgamiento de una causa.

Que de conformidad con el artículo 11.3 de la Constitución de la República, los derechos y garantías establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por parte de los servidores judiciales; y el artículo 425 ibídem determina que el orden jerárquico de aplicación de las normas será la Constitución, los tratados; convenios internacionales; etc.

Que el artículo 44 de la Constitución de la República dispone que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad; por tanto, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser retenidos en un lugar distinto al de su habitación habitual en la que conviven con sus padres o la persona a quien se le haya confiado su custodia, como también a no ser trasladados en forma ilícita de su residencia habitual; por tanto, en caso de haber sido desplazada ilícitamente de su lugar de vida en violación a este derecho las personas a su cargo deberán ejercer las acciones para su restitución;

Que el artículo 175 de la Constitución de la Republica dispone: *"Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores."*

Que el artículo 77 del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país; y que en caso de haber sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, debiendo el Estado tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo;

Que la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en su artículo 1, garantiza la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan; y, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte, y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente, y fija plazos para la resolución de situación del menor en caso de oposición;

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Forneron e hija vs Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de abril de 2011, ha dicho que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de personas menores de edad, deben ser manejados con diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades en todas y cada una de sus actuaciones, en especial en aquellas decisiones que impliquen la separación del niño de sus progenitores o familia de origen. Establece además que la observancia de los procedimientos legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño y que no puede alegarse el interés superior del niño para inobservar procedimientos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales. Finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Marie vs. Portugal, sentencia de 26 de junio de 2003, ha referido que los procesos sobre sustracción ilícita de niñas, niños y adolescentes, requieren un manejo urgente, pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y la madre o padre de quien se separó.

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el informe 298/2020, ha recomendado al Estado ecuatoriano: *"3. Disponer las medidas necesarias para asegurar que el procedimiento relativo a sustracción internacional de niñas, niños o adolescentes cumpla con los estándares referidos en este informe…En particular, dicha regulación debe asegurar la observancia de los principios rectores en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, con especial atención al principio que resguarda su interés superior, así como al principio de diligencia excepcional y celeridad, como principios rectores."*

Que el Código de la Niñez y Adolescencia no determina un procedimiento judicial en materia de recuperación internacional de niñas, niños y adolescentes; debido a que el legislador determinó que en materia de procedimiento es aplicable el artículo 1 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: "*Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso"*; sin embargo, entre las y los jueces de familia, niñez y adolescencia existen dudas con respecto a cuál de los procedimientos judiciales de conocimiento establecidos en ese cuerpo legal es el aplicable: si el ordinario reconocido en el artículo 289; el sumario previsto en el artículo 332; o el voluntario constante en el artículo 334 ibidem. Esta duda, entre otros aspectos, ha venido influyendo en el retardo en la sustanciación y resolución de estas causas;

Que el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos dispone, *"Procedencia.-Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación"*. Si bien esta norma procesal permite establecer al proceso ordinario como el trámite general para la sustanciación de las causas en las que la ley no ha determinado la necesidad de un proceso especial; este no es el caso del traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes, por cuanto, como se analiza a continuación, el Código en mención en su artículo 332.3 sí ha previsto al sumario como el

procedimiento especial para los casos de derechos de niñas, niños y adolescentes. Además, hay que señalar que con respecto al proceso ordinario, éste es más amplio y dilatado en su tramitación, lo que se contrapone al principio de interés superior y la necesidad de contar con decisiones judiciales urgentes, rápidas y oportunas. Finalmente, de acuerdo con el artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, el proceso voluntario está previsto esencialmente para aquellos casos en los que al menos inicialmente no existe controversia, salvo que se presente oposición; situación que no ocurre con al traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes, por cuanto siempre existirá de inicio una situación de controversia.

Que conforme a los mencionados principios reconocidos en la Constitución de la República, tratados internacionales y pronunciamientos de la Corte IDH, en los asuntos inherentes a niñas, niños y adolescentes, se deben aplicar las normas que más favorezcan a la vigencia de sus derechos, y para las causas de traslado y retención, reiteran la necesidad de atención judicial expedita. Por tanto, para el caso materia de la duda corresponde aplicar el proceso sumario, conforme lo previsto en el artículo 332.3 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: "*Se tramitarán por el procedimiento sumario: …3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura*", entendiendo que al referirse esta norma a los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes, se hace relación a aquellos casos determinados en el Código de la Niñez y Adolescencia, entre ellos el traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes. Además debe aplicarse la reducción de términos en el sumario, conforme lo establece el artículo 333 numerales 3 y 4 segundo inciso *ibídem* que disponen: "*Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia y del despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y los dirigentes sindicales que será de 10 días…En materia de niñez y adolescencia y de despido intempestivo de mujeres embarazas (…) la audiencia única se realizará en el término máximo de veinte días contados a partir de la citación*";

Que al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, y al ser de directa e inmediata aplicación, las juezas y jueces al momento de conocer y resolver las causas de traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes, tienen la obligación de aplicar los principios de diligencia excepcional y celeridad como elementos de protección al interés superior del niño, y así adoptar las decisiones necesarias que permitan una inmediata restitución. Estos principios están desarrollados en los antes citados instrumentos internacionales y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la atención de estos casos es especialmente urgente;

Que una de las garantías del derecho a la defensa radica en la motivación de las decisiones judiciales, tal como lo establece el artículo 76.7.l de la Constitución de la República. Esta garantía implica la comprensibilidad de la resolución, que a su vez empata con el derecho a la tutela judicial efectiva, con su faceta el acceso a la justicia, prevista en el artículo 75 ibídem. Con ese antecedente y en razón de la política de justicia abierta, que busca que las decisiones que adoptamos las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente documento se realizará una breve relación de lo resuelto.

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial;

RESUELVE:

Artículo 1.- Los procesos judiciales de traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes se tramitarán mediante el proceso sumario de tiempo reducido, de conformidad con lo previsto en los artículos 332 numeral 3 y 333 numerales 3 y 4 del Código Orgánico General de Procesos, aplicando diligencia excepcional y celeridad.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Javier Cordero López, CONJUECES NACIONALES. Certifico, f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN:

Si un niño, niña o adolescente es traído al Ecuador sin el consentimiento de su padre, madre, familia o quien esté a su cargo, las y los jueces debemos tramitar y resolver el caso con el procedimiento más sencillo, esto es con el proceso sumario de tiempo reducido, y actuar con la mayor rapidez posible, a fin de que el menor pueda regresar a su hogar.

RESOLUCIÓN GENERAL Y OBLIGATÓRIA

INSTRUCTIVO PARA EL JUZGAMIENTO DE LAS JUEZAS Y DE LOS JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR DELITOS DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA

RESOLUCIÓN No. 09-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 431 de la Constitución de la República, en su inciso segundo, prescribe que los miembros de la Corte Constitucional, en caso de responsabilidad penal, únicamente serán acusados por el Fiscal General del Estado y juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes

Que el artículo 179 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se integrará con sus veintiún juezas y jueces, siendo el quórum para la instalación y funcionamiento de por lo menos doce juezas y jueces; y que le corresponde, según lo prescrito en el numeral 1 del artículo 180 del mismo Código, juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 431 de la Constitución de la República.

Que el artículo 180.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece con claridad que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, será competente para juzgar a los miembros de la Corte Constitucional del

Ecuador, solamente en casos de delitos de acción penal pública: *"Art. 180.- Funciones.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 1. Juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal de acción pública, de conformidad con lo que dispone el artículo 431 inciso segundo de la Constitución;…";*

Que el artículo 181 del Código Orgánico de la Función Judicial, dice: *"TRIBUNAL DE JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.- Los miembros de la Corte Constitucional serán juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en caso de que hubieren cometido infracciones penales, previa acusación de la Fiscal o el Fiscal General del Estado. Para el efecto, habrá un Magistrado que sustanciará la etapa de indagación previa, de instrucción fiscal y la intermedia, debiendo el Pleno dictar los autos y sentencias establecidos en el Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el instructivo que dicte para el efecto";*

Que el artículo 186, número 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece*: "Las juezas y jueces de la Corte Constitucional se encuentran sometidos al siguiente régimen especial de responsabilidades: …2. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal por hechos punibles cometidos durante y con ocasión de las funciones ejercidas en la judicatura, serán objeto de denuncia, investigación y acusación única y exclusivamente por la o el Fiscal General del Estado, y de juicio por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus integrantes; excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal".*

Que en virtud de que las normas antes descritas no despliegan adecuadamente el procedimiento que se debe usar para el caso del procesamiento y enjuiciamiento por un delito de acción penal pública de una jueza o juez de la Corte Constitucional, quedando dudas en cuanto a cómo ha de procederse, lo que afectaría al derecho a la tutela judicial, el debido proceso y la seguridad jurídica, y en razón de que el artículo 181 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que se debe crear un instructivo para el efecto, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 9 de diciembre de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 95, de 24-XII-2009, expidió el "*INSTRUCTIVO PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR DELITOS DE ACCIÓN PUBLICA*";

Que desde el año 2009 a la presente fecha, el sistema penal en nuestro país ha variado, la norma que lo regula es el Código Orgánico Integral Penal, de ahí que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, debe expedir un nuevo instructivo que se adecue al marco jurídico vigente, con el fin de precautelar los derechos que les asiste a quienes podrían intervenir en un proceso penal seguido contra una o uno de los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador por el presunto cometimiento de un delito de acción penal pública;

En uso de sus atribuciones, dicta el siguiente:

INSTRUCTIVO PARA EL JUZGAMIENTO DE LAS JUEZAS Y DE LOS JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR POR DELITOS DE ACCIÓN PENAL PUBLICA

Artículo 1.- El juzgamiento por delitos de acción penal pública de las juezas y los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador es competencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Artículo 2.- La fase preprocesal y el proceso penal de las o los jueces de la Corte Constitucional, por delitos de acción penal pública, se llevará con apego a los principios, garantías y derechos determinados en los instrumentos internacionales y en la Constitución de la República; se regirá por las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal y se observará lo establecido en el presente Instructivo.

Artículo 3.- La investigación preprocesal y procesal penal, así como el ejercicio de la acción penal es competencia de la o el Fiscal General del Estado; quien cumplirá con esta atribución de conformidad con la Constitución de la República, el Código Orgánico Integral Penal, el presente Instructivo y otras normas aplicables.

Artículo 4.- El Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia sorteará entre los miembros de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia a quien ejercerá las funciones de juez de garantías penales, quien tendrá competencia para controlar la investigación previa, y para sustanciar y resolver las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio, conforme a las reglas determinadas en el Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 5.- Dictado el auto de llamamiento a juicio, y de no encontrarse la persona procesada prófuga, salvo los casos en que se reconoce el juzgamiento en ausencia, la o el juez de garantías penales remitirá el acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien pondrá en conocimiento de los sujetos procesales y de las y los jueces nacionales, la recepción del caso y de las actuaciones remitidas por la o el juez de garantías penales, por el plazo de tres días.

Artículo 6.- La o el Presidente, transcurrido el plazo al que se refiere el artículo anterior, señalará día y hora en que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, debe instalarse en Tribunal, en audiencia de juzgamiento pública o reservada, según el caso, debiendo notificar a los sujetos procesales así como a los testigos o peritos para su comparecencia a la audiencia, siendo responsabilidad de los sujetos procesales el llevar a dichos peritos o testigos a la misma. De igual forma oficiará las certificaciones solicitadas a efectos de que la parte solicitante pueda obtener la presencia de los testigos y peritos, así como la información requerida o solicitada documentalmente.

Artículo 7.- La audiencia pública de juzgamiento se desarrollará y tramitará de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, para la etapa del juicio, en lo que fuere aplicable.

Para la instalación de la audiencia de juzgamiento, se requerirá de la presencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que conforma el Tribunal, en quienes queda radicada la competencia.

En caso de no estar integrado el Pleno, se declarará fallida la audiencia de juicio, debiendo volver a convocarse en el plazo máximo de diez días desde la fecha de dicha declaratoria.

La o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, presidirá la audiencia de juzgamiento y ejercerá las funciones asignadas a la o el ponente del Tribunal de Garantías Penales; y las y los jueces del Pleno de la Corte Nacional de Justicia tendrán las mismas atribuciones, funciones y deberes de las y los jueces del Tribunal de Garantías Penales.

Para dictar sentencia condenatoria se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que conforman el Tribunal.

Artículo 8.- La impugnación procede conforme los recursos previstos en el Código Orgánico Integral Penal y se regirá por las siguientes reglas:

a) Los tribunales de impugnación estarán integrados por cinco jueces y para adoptar una resolución se necesitará el voto conforme de tres.

b) Para el conocimiento y resolución de los recursos, por sorteo, se designará las juezas o jueces que no hubieren fallado en la causa; y, en caso de falta debidamente justificada o impedimento, 5 conjuezas o conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

c) De haberse agotado las conjuezas o conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, se procederá a sortear las conjuezas o conjueces de la Sala que conoce Adolescentes Infractores, como sala afín, de conformidad con la resolución No. 03-2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

d) Si persiste la falta o impedimento de conjuezas o conjueces de la sala afín, se procederá a sortear a las conjuezas o conjueces de cualquiera de las Salas Especializadas que integran la Corte Nacional de Justicia.

Artículo 9.- El Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia y en su ausencia o impedimento, el Presidente o la Presidenta Subrogante o quien haga sus veces, conocerá las causas de excusa y recusación previstas en el Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 10.- El Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia sustanciará la ejecución de la sentencia de conformidad al Código Orgánico Integral Penal y demás normas pertinentes.

DISPOSICIÓN GENERAL.- Deróguese la Resolución General y Obligatoria de 9 de diciembre de 2009, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 95, de 24-XII-2009, que expidió el *"INSTRUCTIVO PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR DELITOS DE ACCIÓN PUBLICA"*

DISPOSICIÓN FINAL.- Este Instructivo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil veintiuno.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillén Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZAS U JUECES NACIONALES; Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES; Dra. Sylvana León León, SECRETARIA GENERAL (E).

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

CADUCIDAD DE LA FACULTAD DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

RESOLUCIÓN No. 10-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;

2. Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:

    - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;

    - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas de la Sala especializada al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;

    - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

    - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- Que el término previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para la aprobación de los informes de auditoría gubernamental es un plazo o término fatal, según corresponda, que determina la caducidad de la facultad de control;

- Que la aprobación de dichos informes fuera del término en mención está viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; y,

- Que hacerlo dentro del término de la referencia constituye una garantía ciudadana para la mejor aplicación del derecho y del principio de seguridad jurídica constante en el artículo 82 de la Constitución de la República, por lo que la misma Contraloría General del Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo están obligados a declararla de oficio o a petición de parte.

RESUELVE:

Art 1.- Aprobar el informe técnico remitido por la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia.

Art. 2.- Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 79-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 29 de enero de 2021, 10h03, en el recurso de casación No. 17811-2018-01196, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional (E) Ponente; doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional (E) y doctor Javier Cordero López, Conjuez Nacional (E).

b) **Resolución No. 241-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 23 de marzo de 2021, las 14h04, en el recurso de casación No. 17811-2018-01145, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Fabián Patricio Racines Garrido, Juez Nacional Ponente; doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Juez Nacional (E) y doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño (E), Juez Nacional.

c) **Resolución No. 256-2021** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 6 de abril de 2021, las 10h44, en el recurso de casación No. 17811-2018-01023, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Juez Nacional (E) Ponente, doctores Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, Jueces Nacionales

Art. 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el punto de derecho que contiene la siguiente regla:

"El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, en aplicación de la garantía de preclusión y del principio de la seguridad jurídica".

Art. 4.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización y al Registro Oficial para su inmediata publicación.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Fernando Cohn Zurita, CONJUEZ NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

COMPETENCIA EN LA EJECUCIÓN DE LA REPARACIÓN INTEGRAL A FAVOR DE LA VÍCTIMA

RESOLUCIÓN No. 11-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;

Que, el artículo 75 de la Constitución de la República reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita. El derecho a la tutela judicial efectiva, entre sus elementos contiene el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, dentro de éste se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, entre ellas, la reparación integral a favor de la víctima. El artículo 76 reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la cual, entre otros, consiste en la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. 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, de conformidad con el artículo 82 ibídem, una de las facetas de este derecho radica en la necesidad de que todos los integrantes de la sociedad tenga certeza de que las consecuencias jurídicas de sus actos serán juzgadas imparcialmente, aplicando e interpretando el ordenamiento jurídico de forma uniforme, resultando así que los fallos sean previsibles, sin que las juezas y los jueces puedan sorprender a las partes con resoluciones contradictorias;

Que, como integrante del debido proceso, encontramos al derecho a la defensa, que a su vez contiene algunas garantías para su ejercicio, entre ellas, aquella que asegura para todas y todos el ser juzgado ante un juez competente; artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República y que empata a su vez con el principio de legalidad. Al desarrollar el precepto constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, en sus artículos 7, 156 y 157 conceptualiza a la competencia, reconoce que ésta nace de la Constitución y la ley, regulándola y fijándola entre juezas y jueces en razón de las personas, la materia, el territorio y los grados. El Código Orgánico Integral Penal, en sus artículos 402 y 403, es coherente con el Código Orgánico de la Función Judicial, y establece además que la competencia es improrrogable.

Que, de conformidad con el artículo 167 de la norma suprema, se preceptúa que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. De conformidad con los artículos 150 del Código Orgánico de la Función Judicial y 398 del Código Orgánico Integral Penal, la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia. Coherentemente el artículo 398 ya enunciado, determina además que únicamente las y los juzgadores, establecidos en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y en ese Código, ejercen jurisdicción en materia penal;

Que, la reparación integral es un derecho de rango constitucional, de conformidad con el artículo 78 de la norma suprema; tiene como finalidad resarcir los daños ocasionados a víctimas de infracciones penales, así como también de violaciones a los derechos humanos y constitucionales, de conformidad con el artículo 86 numeral 3 ibídem, y las personas afectadas por daños ambientales, artículo 397. La reparación integral hace referencia a los daños materiales o pecuniarios generados en perjuicio del patrimonio de la víctima, y a los daños de carácter inmaterial. En materia penal se encuentra reconocida y desarrollada en los artículos 11.2; 77, 78 y 78.1 del Código Orgánico Integral Penal. De conformidad con el artículo 622.6 ibídem, uno de los requisitos de la sentencia es la condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda. Coherentemente el artículo 628 ibídem regula que toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas;

Que, en materia penal, la condena que debe sentarse en sentencia se compone de: la pena privativa o la no privativa de libertad, la pena restrictiva de los derechos de propiedad, las obligaciones pecuniarias

derivadas de la condena y la condena a la reparación integral a favor de la víctima. La competencia para la ejecución de las penas privativas y no privativas de la libertad corresponde a las y los jueces de garantías penitenciarias, conforme así se encuentra claramente establecido en el Libro III del Código Orgánico Integral Penal, más sobre la ejecución de la condena a la reparación integral no hay claridad en que órgano jurisdiccional debe asumir la competencia, de ahí que, existen dudas y por ende criterios contrapuestos con respecto a que norma aplicar, el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, los artículos 669 y 670 del Código Orgánico Integral Penal, o lo establecido en los artículos 150 del Código Orgánico de la Función Judicial y 398 del Código Orgánico Integral Penal;

Que, el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial regula que corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias; no obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo y que de haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo. Pero esta norma es ambigua con respecto al ámbito penal, pues la ejecución de las sentencias penales tiene sus propias reglas que en parte han sido determinadas en el Código Orgánico Integral Penal (2014), cuerpo normativo posterior al Código Orgánico de la Función Judicial (2009), por ejemplo, como ha quedado establecido, la ejecución de las penas privativas y no privativas de la libertad, que forman parte de la condena que debe sentarse en la sentencia, corresponde a la jueza o juez de garantías penitenciarias. Por otra parte, la competencia para la ejecución de las sentencias en materias no penales se sustenta en el domicilio del actor o del demandado, esta situación está reconocida, entre otros, en el Código Orgánico General de Procesos, en las reglas para el procedimiento de ejecución y procesos concursales, todo esto se refleja en la propia construcción del citado artículo 142, puesto que el legislador ocupa la frase *"domicilio del demandado",* recordando que en materia penal no existe parte actora ni demandada, sino los sujetos procesales y además que la competencia en materia penal no se sustenta en el domicilio. Tenemos entonces que la norma analizada contiene una expresión confusa al momento de establecer la competencia de la ejecución de la reparación integral en materia penal a favor de la víctima.

Que, para el caso del fuero de Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia, si aplicamos el artículo 142 del Código de la Función Judicial, en caso de existir varios procesados, provocaría que la causa, para su ejecución, se divida en un número similar para ser conocida por una multiplicidad de jueces de primera instancia del domicilio de cada uno de los sentenciados, lo que a todas luces acarrearía el debilitamiento en la ejecución y por ende en la eficacia de la condena a la reparación integral, que como hemos visto es un derecho de rango constitucional, que debe hacerse cumplir en su universalidad. Tenemos además que el fuero, es una institución que, en aras de la imparcialidad como componente del principio de independencia judicial, busca un equilibrio que permita a una o un juez jerárquicamente superior, procesar a un funcionario de alto nivel libre de toda injerencia; de ahí que, si la ejecución la derivamos a una o un juez de primera instancia en razón del domicilio, se trastocaría la naturaleza misma del fuero.

Que, del contenido del último inciso del artículo 669 e incisos quinto y sexto del artículo 670 del Código Orgánico Integral Penal, notamos que existe una obscuridad de la ley respecto del ámbito de competencia del juez o jueza de garantías penitenciarias. El término conocerá comprende una facultad para declarar el cumplimiento o incumplimiento; y, al determinar lo que debe aplicar la o el juez de garantías penitenciarias prevé el procedimiento de audiencia, ello no comprende la posibilidad de ejecutar forzosamente, pues éste constituye un procedimiento autónomo que no se reduce a la audiencia. Adicional a lo anterior, el artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, que regula las competencias de las y los jueces de garantías penitenciarias, no determina expresamente la competencia para conocer la ejecución de la reparación integral a favor de la víctima impuesta en sentencia ejecutoriada; por ello, mal podríamos entender que, la o el juez de garantías penitenciarias es competente para sustanciar el procedimiento de ejecución forzosa. La facultad declarativa de la o el juez de garantías penitencias deberá sustanciarse en audiencia conforme al referido artículo 670, siempre y cuando ya se encuentre debidamente

ordenada la ejecución; y, en caso de existir incidentes en razón de incumplimiento, la o el juez de garantías penitenciarias deberá resolver si corresponde notificar a la Fiscalía General del Estado, para los efectos del artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal.

Que, derivar equivocadamente la competencia para la ejecución de la reparación integral a las y los jueces de garantías penitenciarias, ha ocasionado que, debido a la carga procesal, se distraiga la tramitación de los expedientes relativos al régimen de rehabilitación social, al cambio de regímenes de rehabilitación social, prelibertad y excarcelación a favor de las personas privadas de la libertad, inatención que a su vez coadyuva al hacinamiento carcelario.

Que, teniendo presente la ambigüedad del artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial para su aplicación en materia penal; y, la obscuridad del artículo 670 del Código Orgánico Integral Penal; de conformidad con los artículos 76.7.k y 167 de la Constitución de la República, 7, 142, 156, 157, 150, del Código Orgánico de la Función Judicial; 402, 403, 398 y 399 del Código Orgánico Integral Penal, se puede establecer que el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la reparación integral en todos los casos, sin excepción, es la Jueza o Juez o Tribunal de Garantías Penales que sustanció y resolvió el juicio; esta competencia incluye la facultad de sustanciar la ejecución forzosa observando el procedimiento previsto en el Código Orgánico General de Procesos (Art. 363 y ss.), puesto que le corresponde hacer ejecutar lo que juzgó, no siendo pertinente distraer esa competencia a otros jueces que no conocieron la causa, teniendo además en cuenta la naturaleza mismo del derecho a la reparación integral, es de rango constitucional, por ende de obligatorio reconocimiento vía condena sentada en sentencia, y debe ser cumplida y hacerse cumplir en su universalidad. Si la condena se determina al momento de resolver un recurso, la competencia recae sobre estos mismos jueces unipersonales o pluripersonales de primer nivel, debido al contenido del artículo 657.8 del Código Orgánico Integral Penal.

Que, el criterio establecido en el considerando anterior, es aplicable para los procesos de fuero personal de Corte Nacional de Justicia, pues de conformidad con el artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia para estos casos está determinada a la propia Sala Especializada en materia penal de la Corte Nacional, sin que la estructura del proceso penal se vea alterada, debiendo, por la razón de ser del fuero, como ya se ha analizado, quedar en los órganos jurisdiccionales superiores la competencia para la ejecución de la reparación integral. Se debe considerar que de conformidad con el artículo 225 *ibídem*, las disposiciones del fuero personal de Corte Nacional de Justicia serán aplicables a los casos de fuero funcional de Cortes Provinciales, por ende esta interpretación es pertinente para esos procesos.

Que, una de las garantías del derecho a la defensa radica en la motivación de las decisiones judiciales, tal como lo establece el artículo 76.7.l de la Constitución de la República. Esta garantía implica la comprensibilidad de la resolución, que a su vez empata con el derecho a la tutela judicial efectiva, con su faceta el acceso a la justicia, prevista en el artículo 75 *ibídem*. Con ese antecedente y en razón de la política de justicia abierta, que busca que las decisiones que adoptamos las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente documento se realizará una breve relación de lo resuelto;

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- En los casos de fuero común, la ejecución de la reparación integral a favor de la víctima, impuesta en sentencia condenatoria ejecutoriada, corresponde a la o el juez o el tribunal de garantías penales que dictó dicha sentencia.

Si la condena se determina al momento de resolver un recurso, la competencia recae en la o el juez o el tribunal de garantías penales de primer nivel que sustanció y resolvió el juicio.

En los casos de fuero funcional y personal, esta ejecución corresponde a la o el juez o tribunal que sustanció y resolvió el juicio de la Corte Provincial de Justicia o Corte Nacional de Justicia, respectivamente.

Esta competencia incluye la facultad de sustanciar la ejecución forzosa observando el procedimiento previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

Art. 2.- La competencia de la o el juez de garantías penitenciarias relativa a los incidentes sobre la reparación integral comprende **únicamente la declaratoria de su cumplimiento o incumplimiento, lo cual se verificará a través de la realización de la respectiva audiencia.**

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los casos en que la ejecución forzosa esté siendo sustanciada por jueces o tribunales distintos a los señalados en la presente Resolución, serán remitidos a estos últimos, en el estado en que se encuentren, sin declarar la nulidad procesal.

Esta Resolución tendrá el carácter de general y obligatoria y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Santiago de Guayaquil, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintiuno.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano (voto en contra), Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza (voto en contra), Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo (voto en contra), JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN:

La o el juez o Tribunal que resolvió el juicio es quien debe también hacer cumplir la compensación por los daños ocasionados a la víctima.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

PLAZO PARA LA CADUCIDAD DE LA POTESTAD DETERMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

RESOLUCIÓN No. 12-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;

2. Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;

- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;

- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

5. Que se ha identificado que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico desarrollado en las sentencias que se detallan a continuación:

Resolución No. 296-2021 expedida el 19 de abril de 2021, las 15h28, en el recurso de casación No. 17811-2018-01436, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Javier Cordero López, Conjuez Nacional Ponente; y, doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Milton Enrique Velásquez Díaz, Jueces Nacionales.

Resolución No. 306-2021 expedida el 21 de abril de 2021, las 10h11, en el recurso de casación No. 01803-2018-00422, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Fabián Patricio Racines Garrido,

Juez Nacional Ponente; doctor Patricio Adolfo Secaira Durango, Juez Nacional (E); y, doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional.

Resolución No. 381-2021 expedida el 20 de mayo de 2021, las 9h17, en el recurso de casación No. 11804-2018-00426, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional Ponente; y, doctores Fabián Patricio Racines Garrido y Milton Enrique Velásquez Díaz, Jueces Nacionales.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- Que dentro del procedimiento de control de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se ha establecido fases para la sustanciación y emisión de las actuaciones correspondientes, las cuales deben sujetarse a los plazos previstos en la ley ibídem;

- Que el plazo de 180 días previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es un término fatal, de acatamiento obligatorio, que determina la caducidad de la potestad de control para confirmar o desvanecer total o parcialmente la predeterminación de responsabilidad civil culposa, por lo que cumplido dicho plazo es necesario que se declare la caducidad del procedimiento administrativo a fin de salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica.

- Que el plazo en mención está sujeto al principio de reserva legal y de preclusión, toda vez que se ha instituido el tiempo dentro del cual debe actuar el ente de control, circunscribiendo temporalmente su ejercicio con el fin de que no se disponga indefinidamente de esas competencias, y con ello se genere una suerte de incertidumbre al auditado respecto a su situación jurídica; y, que cuando la ley fija tiempos para el ejercicio de la potestad, de la competencia o de la facultad pública, ha de entenderse que sus funcionarios o agentes a quienes éstas les han sido atribuidas por la ley, tienen la habilitación jurídica para actuar de la forma en que el ordenamiento jurídico determina, observando los límites temporales que deben ser cumplidos en tiempos especificados, ya que cuando esa oportunidad se cumple sin el ejercicio administrativo, este caduca; y,

- Que ejercer actividades y expedir resoluciones sin la competencia que en razón del tiempo ha prescrito la ley, vicia de nulidad el procedimiento administrativo y el consecuente acto administrativo de determinación de responsabilidades; en cuya virtud, el ente de control y los Jueces de lo Contencioso Administrativo, una vez comprobado el fenecimiento del plazo de la referencia están obligados a declarar la caducidad de la facultad determinadora del Organismo Técnico de Control, en salvaguarda de los principios de legalidad y de seguridad jurídica contemplados en los artículos 226 y 82 de la Constitución de la República.

En uso de la atribución prevista en los artículos 180 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho:

El plazo de ciento ochenta días previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es un plazo fatal, de acatamiento obligatorio, que establece la caducidad de la competencia para que la Contraloría General del Estado determine la responsabilidad civil culposa que ha predeterminado; por lo que expedir resoluciones fuera de ese tiempo, vicia de nulidad el procedimiento y el consecuente acto administrativo. En tal virtud, la Contraloría General del Estado en sede administrativa,

o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, una vez comprobado el fenecimiento de ese plazo, están obligados a declarar, de oficio o a petición de parte, la caducidad de la potestad determinadora de la Contraloría General del Estado, en salvaguarda de los principios de legalidad y de seguridad jurídica contemplados en los artículos 226 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 2.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización y al Registro Oficial para su inmediata publicación.

Dado en la ciudad de Santiago de Guayaquil, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintiuno.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS Y SU DURACIÓN

RESOLUCIÓN No. 13-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual deben remitirse los fallos al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;

Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que en principio tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la Sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;

- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;

- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la Resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la Resolución de la aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen los mismos puntos:

a) Resolución **264-2016** dictada el 15 de septiembre del 2016, Juicio No. **17761-2016-0215** (violación), Tribunal conformado por la doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional ponente; doctora María del Carmen Espinoza Valdivieso, Jueza Nacional; y, doctora Beatriz Suárez Armijos, Conjueza Nacional.

b) Resolución **343-2016,** dictada el 1 de diciembre del 2016, Juicio **17761-2016-0273,** (violación), Tribunal conformado por la doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente; doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; y, doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional.

c) Resolución **164-2017,** dictada el 21 de junio del 2017, en el Juicio No. **13204-2015-02793** (violación), Tribunal conformado por la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente; doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; y, doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

d) Resolución **168-2017**, dictada el 22 de junio del 2017, en el juicio **17205-2016-965** (violación), Tribunal conformado por la doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente; doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional; y, doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional.

e) Resolución **155-2021**, dictada el 13 de octubre del 2021, en el juicio **09965-2019-00028** (violación), Tribunal conformado por el doctor Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, Ponente; doctor David Isaías Jacho Chicaiza, Juez Nacional; y, doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto de los problemas jurídicos resueltos en los fallos ya mencionados:

i) ¿Cuáles son los parámetros dentro de los cuales el Juzgador o Juzgadora, determinará los criterios objetivos para la imposición de medidas socioeducativas *y su duración?*

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

- El deber de motivación no se agota en la fundamentación del convencimiento de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del adolescente, sino que deberá extenderse a la selección y adecuación de las medidas socioeducativas y su duración, siendo como es la determinación del *quantum* un procedimiento técnico valorativo a la luz de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica; principios en los que pone énfasis la justicia juvenil para restringir la discrecionalidad y proscribir la arbitrariedad; lo expuesto marca la pauta para que los y las juzgadoras expongan razonadamente por qué esa medida es la más adecuada, por qué ese tiempo es el que de mejor manera garantiza la no repetición.

- Se puede afirmar que la especificidad del derecho penal en materia de adolescentes, se caracteriza por el principio de flexibilidad que impera tanto en la decisión cuanto en la imposición de medidas; debiendo tener especial importancia las circunstancias que rodean al adolescente para decidir cuál es la actuación más adecuada desde una perspectiva educativa; se debe evitar por tanto, en todo momento que la imposición de la "sanción" obedezca a elementos subjetivos.

- Las sanciones del sistema de justicia penal juvenil deben ajustarse a la finalidad prevista por el legislador (Art. 371 Código de la Niñez y Adolescencia), lo que implica privilegiar el carácter socioeducativo y los objetivos de reintegración familiar y social.

- Todos estos parámetros sirven para modular la necesidad de la medida socioeducativa, que en el caso del adolescente procesado se traduce en el tiempo de internamiento institucional que debe cumplir acorde a lo establecido en el artículo 385.3 del Código de la Niñez y Adolescencia. Reiterando que al no tratarse de una pena, concepto reservado para la legislación de adultos, no podemos hablar de la proporcionalidad del tiempo de la medida, en la forma prevista en el COIP, sino en este caso, la proporcionalidad debe ser leída a la luz de los fines que persiguen las medidas socioeducativas.

- El objetivo primero de la justicia juvenil es el fomento del bienestar del adolescente evitando sanciones meramente penales; la observancia de la proporcionalidad, sirve de instrumento para restringir las sanciones punitivas; la respuesta del Estado será la adecuada, con base al examen de la gravedad del delito y a las circunstancias personales del infractor: condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito, la víctima, u otros actores en que intervengan circunstancias

personales, se deberá tomar en cuenta los esfuerzos del adolescente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil.

- El artículo 309 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que el proceso de juzgamiento a más de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad y conducta del adolescente, así como el medio familiar y social en el que se desenvuelve, a fin de que el juzgador pueda aplicar la medida socioeducativa más adecuada para fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente en la sociedad y que éste asuma una función constructiva dentro de ella, pues la reacción estatal frente a las infracciones de la ley penal por parte de los adolescentes, debe combinar por una parte las garantías del sistema penal y de otra, los principios de interés superior del adolescente, proporcionalidad y mínima intervención como criterios equitativos al momento de definir las medidas socioeducativas; de modo tal que permita establecer con claridad los diversos factores que condujeron al adolescente a la perpetración del delito.

- Ha de tenerse presente que se considera niño a toda persona en minoría de edad – por lo tanto – mal puede darse una interpretación como si se tratase de derecho de adultos… factor que de manera irrebatible, permite una mayor expansión, flexibilidad y aplicación del derecho en cada caso específico que sea requerido, erigiéndose como un concepto dinámico de constante evolución; donde la discrecionalidad del juzgador al interpretar y aplicar el derecho, es necesaria, en la medida en que adapte este principio a las circunstancias concretas de cada caso, pudiendo utilizarlo tanto para reafirmar derechos de niños, niñas y adolescentes como para negarlos, pero siempre en aras de la protección de la persona en minoría de edad; esta concepción incluye garantías y salvaguardas procesales que juezas y jueces encargados de las decisiones deben seguir para acatar dicho principio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Dentro del marco de observación y puesta en práctica de leyes propias como de Tratados y Convenios Internacionales reconocidos por el Ecuador, se releva la importancia del tratamiento de la prevención del delito; y frente al adolescente infractor, se mantiene la posición de respeto a sus derechos humanos reconocidos dentro de un Estado Constitucional de Derechos. Cobra sentido la visión de una justicia especializada que dé tratamiento especial al adolescente infractor, evitando sanciones únicamente penales, aplicando la proporcionalidad relacionada con la gravedad del delito (dentro de las directrices de la Riad), así como las circunstancias personales del infractor, el daño que ha causado, y los esfuerzos del adolescente por tratar de reparar el daño cometido. La privación de la libertad será considerada como último recurso y por un período mínimo. La reacción estatal combinará la justicia penal y los principios del interés superior, proporcionalidad y mínima intervención, como criterios objetivos al momento de definir las medidas socioeducativas, remarcando varios factores que condujeron al adolescente a la perpetración del delito (circunstancias y necesidades individuales, condición familiar y social), esfuerzos del adolescente para indemnizar a la víctima, buena disposición para iniciar una vida sana y útil, gravedad del delito, daño causado, el grado de participación del adolescente, su edad, concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, edad de la víctima, edad de la víctima y diferencia etaria con la del adolescente procesado; por lo que son indispensables los informes técnicos realizados por el equipo técnico de las unidades judiciales y otros profesionales, para el conocimiento biopsicosocial del adolescente procesado y de la víctima en cuyo marco se tomará la decisión.

En uso de la atribución prevista en los artículos 184.2 de la Constitución de la República y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO el siguiente punto de derecho:

Los criterios objetivos para la determinación de las medidas socioeducativas y su duración son los siguientes:

a) *Las circunstancias y necesidades individuales que condujeron al adolescente a la perpetración del delito;*

b) *La condición familiar y social del adolescente;*

c) *La gravedad del delito;*

d) *El daño causado a la víctima;*

e) *El grado de participación del adolescente;*

f) *La edad del adolescente;*

g) *La concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes;*

h) *La edad de la víctima y la diferencia etaria con el adolescente procesado;*

i) *Los esfuerzos del adolescente para indemnizar a la víctima;*

j) *La buena disposición del adolescente para comenzar una vida sana y útil;*

k) *La idoneidad de la medida atendiendo a sus fines.*

Consiguientemente, serán indispensables los informes realizados por el equipo técnico de las unidades judiciales y otros profesionales, para el conocimiento de la situación biopsicosocial del adolescente procesado y de la víctima en cuyo marco se tomará la decisión.

Art 2.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y al Registro Oficial para su inmediata publicación.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán

Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Bayardo Espinosa Brito, CONJUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

ACLARA EL ART. 534 DEL COIP RESPECTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

RESOLUCIÓN No. 14-2021

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;

Que, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, excepcional, no punitiva, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, que afecta el derecho a la libertad personal de la forma más severa. Persigue como fin inmediato garantizar el éxito del proceso penal, es decir sus finalidades, orientándose a evitar riesgos intensos que lo pongan en peligro real, siendo necesaria siempre y cuando las medidas alternativas no sean suficientes para ese propósito; de tal suerte que la prisión preventiva tiene exclusivamente un fundamento procesal;

Que, al hablar del principio de excepcionalidad, debemos hacer relación a que, como regla general, las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional. La excepcionalidad tiene íntima relación con el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas. La prisión preventiva, es la medida más coercitiva, consecuentemente debe ser aplicada bajo criterios de ultima *ratio*, debe ser subsidiaria, es decir se impondrá cuando se considere que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz para asegurar la comparecencia del procesado;

Que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que la imposición de la prisión preventiva sin considerar su carácter de excepcionalidad, es decir su uso acentuado o generalizado, no tiene una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia, o que con ello se resuelvan los problemas de seguridad ciudadana; por el contrario, el organismo internacional hace hincapié en que el uso indebido de la prisión preventiva influye en el hacinamiento carcelario, y consecuentemente, en la violación de derechos humanos de las personas privadas de su libertad;

Que, respecto al considerando anterior, debemos abundar indicando que el juicio penal no es en modo alguno un instrumento para combatir ningún fenómeno social, el juicio penal es, en cambio, el lugar para determinar la responsabilidad penal de una persona acusada de haber cometido un delito o una contravención. No existe una política penal con el juicio penal, al igual que en otros aspectos con el

derecho penal sustantivo, no es posible resolver los fenómenos sociales que deben mantenerse absolutamente fuera del derecho penal;

Que, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N.° 001-18-PJO-CC, caso N.° 0421-14-JH, dictó la siguiente jurisprudencia vinculante: "*En un Estado constitucional de derechos y de justicia, el respeto por los derechos humanos constituye un pilar fundamental, por lo tanto, es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad. En tal sentido, si tenemos presente la gran importancia que tiene el derecho a la libertad personal dentro de los derechos civiles y políticos y su reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario reconocer que cualquier restricción o privación a la libertad deberá fundarse en motivos previamente establecidos en la ley y solo procederá cuando sea absolutamente necesaria. Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el ius puniendi y las penas privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia…";*

Que, el artículo 76 numerales 2, 3, 6 y 7 de la Constitución de la República, establecen al debido proceso, con sus aristas, la presunción de inocencia, la legalidad, la proporcionalidad y el derecho a la defensa, que son elementos sustanciales que determinan a la prisión preventiva;

Que, el artículo 77 de la Constitución de la República, numerales 4, 9, 11 y 13, norma que, la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley; se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Se establece además que las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley; bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión; si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. Que la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá *ipso jure* el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad; si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley; sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso; la jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. La norma supremas determina también que las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley; para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El constituyente prevé además que el Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad y que la privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas;

Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido criterios sobre la prisión preventiva en varias sentencias, entre ellas por ejemplo las dictadas en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Suarez Rosero vs. Ecuador y Tibi vs. Ecuador, estos parámetros son: "*i) que existan elementos*

para formular cargos o llevar a juicio: deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el mismo; ii) que la finalidad sea compatible con la Convención, a saber: procurar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales respecto de tal fin; y, iii) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas";

Que, coherentemente, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia 8-20-CN/2,contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas, i) garantizar la comparecencia de la persona procesada, ii) garantizar el derecho de las víctimas a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y iii) asegurar el cumplimiento de la pena. Por lo que la Corte reitera que en ningún caso la prisión preventiva puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de pena. Igualmente en el mismo fallo las y los jueces constitucionales han establecido que esta medida cautelar de ultima ratio, es justificable desde una perspectiva constitucional si: i) persigue fines constitucionales válidos, tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE, ii) es idónea como medida cautelar para cumplir con esas finalidades, iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue, y iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afección en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria. En sentencia sentencia No.2706-16-EP/21, la citada Corte, al hacer énfasis por sobre el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derecho humanos, éstas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales;

Que, el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, determina las modalidades de las medidas cautelares de carácter personal: "*La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad: 1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica. 5. Detención. 6. Prisión preventiva. La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica.";*

Que, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, establece la finalidad y los requisitos que debe cumplir la prisión preventiva. "*Art. 534.- Finalidad y requisitos Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos: "1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2.- Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial.*

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.";

Que, entre juezas y jueces del país, han surgido dudas con relación a cómo se ha de interpretar el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a los elementos que deben considerar al momento de dictar la prisión preventiva, y a cuál de los sujetos procesales le corresponde demostrar la existencia del riesgo procesal que haga necesaria la implementación de esta medida. Sobre esto último, se debe hacer notar que, conforme a lo recogido en las mesas técnicas interinstitucionales en donde se ha abordado la temática, en la práctica la carga de demostrar el riesgo procesal, es decir el peligro de fuga, en ocasiones se ha venido trasladando a la persona procesada por medio de su defensa técnica, y debido a ello, la fundamentación sobre la necesidad de la aplicación de esta medida cautelar, resulta insuficiente;

Que, estas dificultades, devenidas de la obscuridad del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, han provocado que se dicte la prisión preventiva de manera arbitraria y generalizada, sin tener en cuenta su carácter de excepcionalidad, ni se consideren adecuadamente los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, elementos básicos a tener en cuenta al momento de decidir sobre la concesión o no de esta forma de privación de libertad. Este excesivo uso de la prisión preventiva, sumado a otros aspectos, ha provocado hacinamiento y crisis en el sistema carcelario y, como ya ha quedado dicho, la consiguiente violación de los derechos humanos de las personas procesadas;

Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nuestro ordenamiento jurídico, establecen a la motivación suficiente de la prisión preventiva, como una de las condiciones para determinar su licitud. La obligación de la jueza o del juez de motivar su decisión, es el reflejo de la obligación de la Fiscalía de fundamentar suficientemente la solicitud de la medida, teniendo en cuenta que una apropiada exposición de los hechos, permite al juzgador una adecuada aplicación de la norma;

Que, la garantía de motivación se encuentra determinada en el literal l) del artículo 76.7 de la Constitución de la República. Nuestra Corte Constitucional en sentencias N.º 985-12-EP/20 (2020) y N.º 1062- 14-EP/20 (2020), ha establecido que el derecho a la motivación no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación, al contrario, requiere que se cumplan parámetros que establecen: 1. Enunciar las normas o principios jurídicos en que fundaron la decisión; y, 2. Explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho;

Que, conforme al artículo 534 numerales 1 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, las juezas y los jueces tienen la obligación de motivar su decisión de concesión de la prisión preventiva primeramente en base a elementos de convicción suficientes (fundados a su vez en los hechos aportados por Fiscalía en audiencia y que obran del expediente), de que es muy probable que el delito de acción penal pública, cuya pena de privación de libertad supera un año, exista; es decir, que entre la conducta del procesado y la ley penal hay una coincidencia real. Entonces la jueza o el juez, debe hacer una breve relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a los elementos configurativos de un tipo penal específico constante en el Código Orgánico Integral Penal, determinando que se trata de uno de aquellos delitos de acción penal pública, sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año;

Que, posteriormente, de conformidad con el artículo 534 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, juezas y jueces están en la obligación de, en base a elementos de convicción, claros, precisos y justificados, (igualmente fundados en hechos aportados por Fiscalía en audiencia y que obran del expediente) explicar cómo han llegado a la conclusión de que es muy probable que la persona procesada es partícipe de la infracción ya sea como autor o cómplice. La o el juez debe entonces realizar una descripción de como los elementos aportados por fiscalía, le permiten razonadamente concluir por qué es muy probable que el procesado sea autor o cómplice del delito imputado, a quien además se lo debe identificar e individualizar puntualmente;

Que, de conformidad con el artículo 534 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, la jueza o el juez podrán dictar la prisión preventiva si es que estima acreditada la existencia de un riesgo procesal de tal intensidad, que justifique la necesidad de la medida. Siendo así, para que una prisión preventiva

sea admisible, se requiere que la jueza o el juez motiven, conforme a los hechos aportados por Fiscalía, la necesidad de la medida en base a la existencia del riesgo procesal. Debe por tanto desplegar por qué las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar que la persona procesada fugue, y por ende, a su vez, explicará y entregará razones por las cuales considera que en el caso concreto, la prisión preventiva es idónea, necesaria y proporcional;

Que, la idoneidad hace referencia a que si la medida cautelar busca fines legítimos determinados en la norma, es idónea, caso contrario no procede, en ese sentido la Corte Constitucional, en sentencia No. 8-20-CN/21, ha desplegado que la prisión preventiva es únicamente justificable desde una perspectiva constitucional si persigue fines constitucionalmente válidos, tales como los establecidos en el artículo 77 de la Constitución, y es idónea como medida cautelar para cumplir esas finalidades. Por ejemplo, si una solicitud de la prisión preventiva persigue evitar que la persona procesada cometa nuevos hechos delictivos, y como la norma aplicable no prevé este supuesto, no sería lícito dictarla. Tenemos entonces que la idoneidad se refiere a que la prisión preventiva sea realmente el medio más idóneo o útil, para contrarrestar razonablemente el riesgo procesal que se trata de evitar. En la motivación de la resolución se debe identificar claramente una adecuación entre la limitación del derecho a la libertad y la finalidad de la medida; es decir, que los elementos aportados por Fiscalía le lleven a lo a el juzgador a concluir que solamente con la prisión se logra evitar el riego procesal. Finalmente, la idoneidad determina también un límite al exceso de la prisión preventiva, toda vez que, cumplida su finalidad o al cambiar las condiciones que en un principio motivaron su imposición, debe ser sustituida por otra medida cautelar alternativa menos lesiva del derecho a la libertad, o, de ser el caso, revocarla;

Que, la necesidad, hace relación a que la prisión preventiva debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para asegurar que la persona procesada no eludirá la acción de la justicia. Por tanto, de ser el caso, la jueza o el juez, al ser solicitado para dictar la medida, debe exigir a la o el fiscal que presente las alternativas que tenga y que justifique que no existe otra posibilidad para evitar el riesgo procesal. Por ello es que la prisión preventiva solo se aplicará cuando no existe otra medida cautelar menos lesiva al derecho a la libertad y que cumpla con la finalidad de atar al procesado al proceso. Entonces, en la motivación de la jueza o del juez no solo se debe examinar la concurrencia de los presupuestos materiales que posibiliten la imposición de la prisión preventiva, sino también si conforme a los hechos existe o no alguna alternativa menos lesiva a la libertad que facilite la comparecencia del procesado al proceso; de así estimarlo, la o el juez debe privilegiar una medida no privativa de libertad. Caso contrario, debe motivar que realmente el fin procesal pretendido (comparecencia de la o el procesado) no se podría conseguir o sería sumamente difícil conseguirlo con las medidas alternativas, incluso si se aplican de forma acumulativa, justificando así la necesidad de ordenar la prisión. Dentro de esta arista, resulta fundamental también que la jueza o el juez, al momento de emitir su decisión, evalúe el impacto inmediato, a mediano y a largo plazo de la medida solicitada, sobre la base de la situación familiar, laboral o social de la persona procesada;

Que, la proporcionalidad se trata de un juicio de ponderación, que determine si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afección en las esferas de libertad del procesado. Dentro de este ámbito, se contempla además que conforme al caso concreto, para que una intervención penal en la libertad sea legítima, el "*grado de realización del objetivo de la intervención de protección del bien jurídico debe ser por lo menos equivalente al nivel de afectación de la libertad*"; de ahí que en casos de delitos muy leves y expectativas de penas insignificantes, la prisión preventiva podría ser ilícita, incluso si existe riesgo procesal intenso. En el voto concurrente de la sentencia No. 8-20-CN/21, la Corte Constitucional hace relación a que cuando se trata de delitos que tienen que ver con la propiedad como hurtos o robos sin violencia contra las personas, el restringir la libertad, a primera vista, podría resultar desproporcionado. Podríamos considerar además que, conforme a la descripción típica del delito materia de la imputación, la posibilidad de llegar a una conciliación, o que en caso de condena se resuelva la suspensión condicional de la pena, serían criterios a tomar en cuenta para evitar el uso de la prisión preventiva. Evidentemente todos estos criterios NO pueden considerarse como una regla, sino que se

aplicarían conforme a las circunstancias del caso concreto. Finalmente, para el caso de personas procesadas en situación de riesgo y vulnerabilidad, previo a aplicar la prisión preventiva en su contra, se debe tener en cuenta las reglas y conceptos particulares que la Constitución, los instrumentos supranacionales, la jurisprudencia y la propia ley han desarrollado, por ejemplo para el caso de las mujeres, los grupos LGBTI, personas con discapacidad y adultos mayores;

Que, de conformidad con el artículo 534.3 del Código Orgánico Integral Penal, podemos interpretar que le corresponde a la Fiscalía acreditar o demostrar la existencia del riesgo procesal, y que las medidas alternativas no son suficientes para aplacar ese peligro, tornándose necesaria la prisión preventiva. En este sentido, es menester aclarar que, al contrario de lo que en ocasiones ha venido ocurriendo en la casuística, la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo. Por otro lado se debe indicar que, los elementos que sirven para fundamentar la prisión preventiva deben ser racionalizados, lógicos y objetivos, sin caer en fundamentaciones subjetivas, como por ejemplo la pertinencia de la aplicación de la prisión preventiva observando aisladamente la gravedad de la pena del delito que se investiga, sin tener en cuenta otros elementos. En general, si no se demuestra la existencia del riesgo de que la persona procesada evite el proceso no se podría justificar la prisión preventiva incluso en delitos altamente graves, puesto que se reconoce ampliamente que no existe ninguna relación automática entre la gravedad de la pena y el peligro de fuga. Tampoco debemos partir de la desconfianza en el sometimiento voluntario de la persona procesada como premisa para la imposición de la prisión preventiva, sino que, el riesgo procesal, insistimos, debe acreditarse, en presupuestos fácticos objetivos, no en meras suposiciones o premisas preconcebidas;

Que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *"Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas"*, en lo relativo a la independencia judicial señaló: *"Los funcionarios de los poderes del Estado deberán abstenerse de emitir públicamente opiniones que directamente descalifiquen a fiscales, jueces, defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva… Asimismo, deberán abstenerse de promover un uso generalizado, o la aplicación selectiva (en determinados casos específicos) de la prisión preventiva";*

Que, en un Estado democrático, constitucional de derechos y justicia como el nuestro, el respeto a la independencia judicial, resulta fundamental, pues únicamente contando con el goce efectivo de ella, las y los jueces garantes de los derechos de los intervinientes en el proceso, podrán aplicar las normas al caso concreto, libres de injerencias o presiones mediáticas o de cualquier tipo. De ahí que, es obligación de las autoridades públicas y de la sociedad en general, proteger y garantizar este principio consagrado en el artículo 168.1 de la Constitución de la República y desarrollado en el artículo 123 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por ello, ante la solicitud de prisión preventiva de la o el fiscal, juezas y jueces deben someterse únicamente al ordenamiento jurídico y a los hechos del caso concreto;

Que, con los antecedentes expuestos, la motivación de la orden de prisión preventiva no debe considerarse como un simple ejercicio de adecuación de los hechos al cumplimiento de ciertos requisitos formales establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, sino, tal como lo ha determinado nuestra Constitución, la jurisprudencia nacional y supranacional, y la propia ley, al ser una medida excepcional y de ultima *ratio*, es necesario que la jueza o el juez analice razonada y objetivamente, todas y cada una de las circunstancias del caso concreto, que le permitan llegar a la conclusión de que prisión preventiva es idónea, necesaria y proporcional, debido a que las demás medidas cautelares personales son insuficiente para evitar el riesgo procesal. Como un reflejo de una motivación suficiente, es fundamental que Fiscalía, demuestre la existencia de todos los requisitos formales de la prisión preventiva, pero sobre todo, que conforme con hechos, justifique que el riesgo procesal existe y que para aplacarlo son insuficientes todas las demás medidas cautelares;

Que, una de las garantías del derecho a la defensa radica en la motivación de las decisiones judiciales, tal como lo establece el artículo 76.7.l de la Constitución de la República. Esta garantía implica la comprensibilidad de la resolución, que a su vez empata con el derecho a la tutela judicial efectiva, con su

faceta el acceso a la justicia, prevista en el artículo 75 *ibídem*. Con ese antecedente y en razón de la política de justicia abierta, que busca que las decisiones que adoptamos las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente documento se realizará una breve relación de lo resuelto;

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última *ratio*, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz.

Art. 2.- La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, evidenciando el riesgo procesal y que las mediadas alternativas no son suficientes para evitarlo.

Art. 3.- La resolución de prisión preventiva debe estar motivada considerando los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y contendrá al menos:

1. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

2. Que los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado.

   La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

3. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Art. 4.- Esta resolución tendrá el carácter de general y obligatoria y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Fernando Cohn Zurita, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

Gaceta Judicial

año 2021

PRESIDENCIA

I

Expediente Nro. 87-2019
Fecha de Resolución: 20 de agosto de 2021, las 15h00

TEMA: *Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Peter Robert Dettmer, requerido por los Estados Unidos de América para ser enjuiciado por el presunto delito de abuso sexual cometido en contra de dos mujeres.*

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Expediente Nro. 87-2019

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR. - Quito, 20 de agosto de 2021, las 15h00 **(87-2019). - VISTOS:**

ANTECEDENTES:

a) Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2019-0531-O de 15 de agosto de 2019, el Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remite a este Despacho la Nota Verbal No. CONS 445/2019 de 12 de agosto de 2019, con la cual la Embajada de los Estados Unidos de América solicita el arresto y la extradición del ciudadano estadounidense PETER ROBERT DETTMER, alias "Pedro Adler", quien es requerido por las autoridades de dicho país para ser enjuiciado por los delitos de "… invasión de la privacidad para satisfacción sexual y de agresión sexual", en violación de las Leyes Revisadas de Colorado, Secciones 18-3-402(1),(b),(4)(d), 18-3-405.6(1),(2)(a), 18-3-402(1)(b), 18-3-405.6(1),(2)(a), 18-3-402(1)(b) y 18-3-402(1)(h), delitos contemplados en el artículo 2, inciso 2 del Tratado de Extradición y en el artículo 1, inciso 11 del Tratado Complementario;

b) Analizado el cumplimiento de los requisitos básicos de la solicitud de extradición, en providencia de 21 de enero de 2021, se ordenó la detención preventiva con fines de extradición del señor Peter Robert Dettmer;

c) Mediante oficio No. 741-UN-OCNI-2021 de 28 de abril de 2021, el Jefe de la Unidad Nacional de Interpol Quito, informó que el ciudadano estadounidense PETER ROBERT DETTMER ha sido detenido el 27 de abril de 2021 a las 18:30, en la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay. En tal virtud, mediante auto de 28 de abril de 2021, se giró la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 008-2021-PCNJ, a fin de que Peter Robert Dettmer, permanezca detenido por este procedimiento de extradición, y en aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el lunes 3 de mayo del año en curso a las 15h00, la cual fue suspendida a petición del abogado defensor del requerido, y se volvió a convocar la diligencia para el día lunes 10 de mayo de 2021, a las 15h00;

d) En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Extradición ecuatoriana, se celebró la audiencia de comparecencia el 10 de mayo de 2021, con la presencia del requerido Peter Robert Dettmer, sus abogados defensores Juan Diego Arregui Acosta y María del Carmen Calderón Jiménez, compareció, además, la doctora Luz Paulina Garcés Cevallos, en representación de la Fiscal General del Estado, diligencia en la cual el requerido se opuso al proceso de extradición;

e) El 12 de mayo de 2021, se dictó Auto de Procesamiento de Extradición en contra del requerido Peter Robert Dettmer, quien inconforme con esa decisión interpuso recurso de apelación. El recurso

fue conocido mediante sorteo por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, el cual mediante resolución dictada el 30 de junio de 2021, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el referido ciudadano;

f) Continuando con el trámite, el día martes 17 de agosto del presente año, se llevó a cabo la Audiencia Oral, señalada mediante providencia de 13 de agosto de 2021, diligencia en la cual, en uso de la palabra, la delegada de la señora Fiscal General del Estado, representando los intereses del Estado requirente, doctora Paulina Garcés Cevallos, manifestó:

> De conformidad a lo dispuesto en su providencia de 13 de agosto de 2021, las 15H45, debo indicar que voy a proceder a señalar cual es la postura de la Fiscalía General del Estado, una vez que estamos dentro de lo señalado en el artículo 12 de la Ley de extradición, los nombres del requerido es Peter Robert Dettmer, nacido en Nueva York, Estados Unidos de América el 17 de junio de 1952, acusado por dos delitos; el primero por el delito de violación reiterada por varias ocasiones en perjuicio de dos víctimas, el segundo delito, que es dentro del primer delito, en el cual señor Peter Robert Dettmer hizo tomas fotográficas de las partes íntimas de sus víctimas mientras ellas se encontraban inconscientes, de modo que no pudieron dar autorización ni consentimiento para que estos hechos se hayan producido. Este accionar ha ocasionado 131 cargos por delitos sexuales, las víctimas han sido dos mujeres MP y DK, y siendo el delito de violación cometido por el señor Peter Robert Dettmer en Estados Unidos también tipificado en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, se cumple el principio de doble tipicidad. Estados Unidos ha solicitado la extradición conforme el artículo 1 de la ley de la materia que establece el principio de reciprocidad, el Ecuador lo ha aceptado y ha procedido a realizar los trámites procedentes para llegar a esta audiencia, que trata de si debe o no conceder la extradición del señor Dettmer. De acuerdo al artículo 2 de la ley de extradición, la extradición puede darse en dos casos, el primero, cuando las leyes ecuatorianas y la ley del estado requirente tengan penas que sobrepasen un año de privación de libertad, en el presente caso el delito por el que se ha requerido es mayor a un año y el segundo cuando la reclamación tiene por objeto el cumplimiento de una medida cautelar no menor a un año de privación de libertad, en este caso la violación con agravantes supera este año; tenemos una orden de prisión del señor Peter Robert Dettmer quien el 13 de junio de 2016 salió en libertad bajo fianza, sin embargo la fecha en que el señor Peter Robert Dettmer debía concurrir a la audiencia de juicio salió del país, razón por la cual el tribunal dictó una orden de privación de libertad en contra del señor Peter Robert Dettmer, esta orden está vigente. Existen las causas formales y documentos legales, Estados Unidos se sustenta en el artículo primero de la ley de extradición y tratados de extradición de 1872 y 1939 vigentes y en base a los cuales se sustentan la petición; tenemos como documentos legales fundamentales el oficio MREMH-DAJIMH-2019-0531-O de 15 de agosto de 2019 remitido por el Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que remite la nota verbal CONS 445/2019 de 12 de agosto de ese mismo año, con el que la embajada de Estados Unidos remite la solicitud de extradición del señor Peter Robert Dettmer quien ha sido requerido por el Estado de Colorado; tiene orden de encarcelamiento en contra del señor Peter Robert Dettmer emitida en el juicio No. 2016CR01888 por el Tribunal del Condado de Jefferson Estado de Colorado de 23 de enero de 2017, acusado de 131 cargos en relación a la violación de estas dos víctimas en donde consta el delito por el que está siendo requerido; Nota verbal POL510 2020 del 5 de noviembre de este mismo año en el que el gobierno de Estados Unidos remite

estos documentos en donde consta las garantías, esto es los derechos que tienen el señor Peter Robert Dettmer, en este caso Estados Unidos no prevé una pena de muerte, se van a respetar todos sus derechos, no hay pena de muerte ni cadena perpetua; de esta documentación se ha establecido que este caso no está prescrito, la orden de detención está vigente y ejecutable. Fiscalía considera que se ha cumplido con todos los requisitos legales por lo que consideramos que usted señor Presidente, de conformidad al artículo 13 de la Ley de extradición debe conceder en extradición a los Estados Unidos a su ciudadano Peter Robert Dettmer alias Pedro Adler, tampoco consta en el proceso ninguna justificación que pueda señalar que esta persona requerida este sometida al cumplimiento de una pena en Ecuador, por lo tanto no hay razón para no entregar al requerido, por lo que debe proceder a la extradición. (sic)

Por su parte el abogado Juan Diego Arregui Acosta, defensor particular del requerido, solicitó que por Secretaria se de lectura a la Nota Verbal POL510-2020 a la que hizo referencia la señora Fiscal, y alegó:

De la lectura que se ha dado se puede concluir que no hay garantías para el señor Dettmer, porque la garantía tiene que dar el Estado Federal, de ahí que solamente se hace símiles de lo que podría ocurrir, de ahí que no se puede decir que no se vaya a dar una cadena perpetua. No hay fundamento para proceder a la extradición de Peter Dettmer. El artículo 2 de la ley de extradición se refiere a los casos de rapto o estupro y de piratería y no al de violación, por el que el delito que se lo acusa al señor Dettmer no entraría dentro de esa categorización. Me remito al artículo 9 de la Convención de extradición ratificado por Ecuador, en el que dice que no concederá la extradición en delitos que sancionen con pena de muerte, en este caso no da ninguna garantía, no hace referencia alguna a la pena establecido en el Estado de Colorado, no existe garantía de que no le pongan una pena infamante, no se puede garantizar que al señor se le imponga una pena de cadena perpetua. Si Ecuador entregara en extradición al señor Peter Robert Dettmer estaría sometiendo a tratos inhumanas, crueles y degradantes. Me opongo a la extradición en razón al Principio de doble incriminación, fiscalía ha indicado que se cumple, sin embargo, la doctrina dice que cuando no hay proporcionalidad de la pena no se cumple con el tal principio de doble incriminación y tampoco con el principio de proporcionalidad. Viene al caso la extradición de Paul Ceglia a quien el Presidente de la República el 7 de julio de 2019 no concedió la extradición, porque no existe la reciprocidad, pues Estados Unidos no ha extraditado a ninguno de los ciudadanos ecuatorianos solicitados por el Ecuador, existen muchos casos de corrupción de personas que residen en Estados Unidos y no han sido extraditados, porque no existe tal reciprocidad. El Estado ecuatoriano en razón de que reconoce los derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad no puede dar en extradición a este ciudadano. En razón de que no existe fundamento legal, solicito no extradite al señor Peter Robert, porque no existen garantías de que no será condenado y porque no hay tratados que contemple el delito del cual se lo acusa. (sic)

Ante lo expuesto por la defensa del requerido, la Fiscalía representada por la doctora Paulina Garcés, expresó:

Creo que hubo un equívoco en el argumento del abogado, pues dijo que no se puede extraditar porque no hay garantías de que no será condenado, el trabajo del Ecuador no es de dar garantías de que sea o no condenado, el Ecuador de acuerdo a los tratados lo que hace es atender el pedido del estado requirente, y en este caso se trata de un delito que afecta a las mujeres, es una

> vulneración a los derechos humanos. El Principio de Reciprocidad ha sido planteado y aceptado por el Ecuador en casi todos los casos. En el caso del señor Ceglia la señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia concedió la extradición del señor, y el Presidente de la República lo negó por razones humanitarias, porque había un recién nacido de nacionalidad ecuatoriana, el caso del señor Ceglia fue una pelea económica por el tema de Facebook, no un delito sexual. La violación es un delito muy grave, por esta razón reitero en el pedido de que se conceda la extradición del señor Peter Dettmer. (sic)

Finalmente, el abogado particular del señor Peter Robert Dettmer, expresó:

> Las declaraciones del señor presidente Moreno se refieren al principio de reciprocidad porque Estados Unidos no extradita a los ecuatorianos que están allá. En cuanto a los derechos humanos una persona no puede vulnerar los derechos humanos de otra persona, sino el Estado a una persona, en todo caso lo que ha cometido Peter Detmer es un delito, no una afectación a los derechos humanos. El estado tiene la obligación de dar las garantías porque se trata de la libertad de una persona. No se puede conceder la extradición cuando hay la posibilidad de que se condene de por vida y de que se emita penas infamantes. Le pido señor Presidente que cumpla con la obligación internacional, si se condena de por vida en el Estado de Colorado y se da una pena infamante de agresor sexual, el caso podría subir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Estado Ecuatoriano podría sumar una reparación integral más. (sic)

Una vez escuchadas las partes procesales, conforme lo establece el artículo 13 de la Ley de Extradición, para resolver se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA

El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 12 y 13 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del artículo 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: *"…Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado…"*.

SEGUNDO: LEY APLICABLE

Entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador, se encuentra vigente el Tratado de Extradición celebrado el 28 de junio de 1872, y su complementario de 21 de abril de 1941, dicho tratado en su artículo 1, establece:

> El Gobierno del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América convienen en entregarse mutuamente las personas condenadas por o acusadas de los crímenes enumerados en el artículo que sigue, cometidos dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes y que hayan buscado asilo o se encuentren dentro del territorio de la otra […].

Por su parte la Disposición General de la Ley de Extradición ecuatoriana señala:

Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición se regirán por la presente Ley, excepto en lo que fuere aplicable y estuviere expresamente previsto en los tratados o convenios internacionales en los que el Ecuador sea parte.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL

En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y los requisitos formales previstos en la Constitución de la República, así como en la Ley de la materia, el señor Peter Robert Dettmer ha contado con la defensa técnica de los abogados defensores Juan Diego Arregui Acosta y María del Carmen Calderón Jiménez, quienes han representado sus intereses durante todo el desarrollo del proceso; a su vez el requerido contó con la asistencia de la interprete traductora Mercedes Verónica Ramon Arroba y fue escuchado en audiencia. En conclusión, no existe violación de solemnidades, ni causa de nulidad, por lo que se declara la validez procesal.

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA

La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: EX, que significa Fuera De, y TRADITIO que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto "Derecho Penal", Tomo uno, página 113, señala que: *"Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada"*. En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de los Estados Unidos de América.

En cuanto a su naturaleza, la extradición es de carácter procedimental, y no es sancionatoria, ya que no establece criterios de culpabilidad o inocencia ni impone penas; este procedimiento se compone de un elemento jurisdiccional, por cuanto su competencia radica en un Juez que tiene facultades como la de ordenar la detención preventiva, respetando y aplicando todos los derechos y garantías Constitucionales; y, un componente administrativo, por cuanto la decisión final recae en el Jefe de Estado (artículo 14 Ley de Extradición). En lo medular se trata de un acto de asistencia judicial interestatal en materia penal, encaminado a evitar la impunidad. Tal como expresa Luis Santiago González Warcalde en su texto *"La Extradición"*, página 178: *"… cabe advertir que el proceso judicial (de extradición) tiene características propias por las que no cabe equipararlo a un juicio penal entendido desde su acepción estricta. Si bien posee la estructura propia del contradictorio, se encuentran limitadas las materias que pueden ser sometidas a discusión."*, (lo contenido en paréntesis me pertenece).

En Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en: Comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se oiga al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien para combatir eficazmente la solicitud de extradición deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señale la Ley; y, velar por la correcta aplicación de los derechos y garantías del debido proceso.

En el proceso de extradición no se valora el contenido del proceso penal, que origina la solicitud de extradición, ya que eso es de competencia de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente.

QUINTO: DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA EXTRADICIÓN

a. Legalidad: El numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, dispone: *"… Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, en observancia del trámite propio de cada procedimiento."* En el caso en estudio el requerido Peter Robert Dettmer comparece ante la autoridad competente según lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial, tal como se menciona en el considerando PRIMERO de esta sentencia, y le es aplicable el procedimiento pertinente según la Ley de la materia.

b. Doble Tipicidad y Gravedad del Delito: Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido[1] y a su vez la misma no encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su texto *"Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional"*, Tomo Primero señala: *"…para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias…"*. De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: *"…el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos…"*. En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena mínima de privación de libertad de un año, este principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del *"delincuente"*. Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición[2].

En el caso que nos ocupa, en la Nota Diplomática No. CONS 445/2019 de 12 de agosto de 2019, (fojas 5 a 7), la Embajada de los Estados Unidos de América, expresa que el ciudadano Peter Robert Dettmer, alias "Pedro Adler" es requerido para ser enjuiciado en los Estados Unidos por los delitos de "invasión de la privacidad para satisfacción sexual y de agresión sexual"; la mención de los delitos acusados se encuentran en la denuncia y querella y en las mociones para añadir los cargos del 3 al 9 y del 10 al 131 (fojas 87 a 114), presentadas el 14 de junio de 2016, 29 de julio de 2015 y 1 de octubre de 2018, respectivamente, por Peter A. Weir, Fiscal de Distrito para el Primer Distrito Judicial del Estado de Colorado; y, la descripción de las conductas en particular acusadas al requerido se encuentran en "las porciones aplicables de las leyes que describen los delitos de que se acusa a PETER ROBERT DETTMER", constantes a fojas 168 a 174 del expediente, siendo estas:

---

[1] Código Sánchez de Bustamante: Art. 353.- Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requeriente y en la del requerido.

[2] Art. 2.- Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior.

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-3-402. Agresión Sexual

(1) Cualquier autor quien a sabiendas inflija intrusión sexual o penetración contra una víctima comete agresión sexual si:… (b) El autor sabe que la víctima es incapaz de evaluar la naturaleza de la conducta de la víctima; o,… (h) La victima está físicamente indefensa y el autor sabe que la víctima está físicamente indefensa y la víctima no ha dado su consentimiento… (2) La agresión sexual es un delito grave de clase 4, salvo según se dispone en las subsecciones (3), (3.5), (4) y (5) de esta sección… (3.5) La agresión sexual es un delito grave de clase 3 si se comete bajo las circunstancias descritas en el párrafo (h) de la subsección (1) de esta sección. (4) La agresión sexual es un delito grave de clase 3 si es acompañada por una o más de las siguientes circunstancias:… (d) El autor ha afectado considerablemente el poder que la víctima tiene de evaluar o controlar la conducta de la víctima al emplear, sin el consentimiento de la víctima, cualquier droga, estupefaciente u otro medio con el propósito de causar la sumisión… (6) Cualquier persona condenada de un delito grave de agresión sexual cometido el o después del 1 de noviembre de 1998, bajo cualquiera de las circunstancias descritas en esta sección, deberá ser sentenciada de conformidad con las disposiciones de la parte 10 del artículo 1.3 de este título.

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-3-401. Definiciones

Según se usa en esta parte 4, salvo que el contexto requiera lo contrario:

(1) "Autor" significa la persona acusada de un delito sexual de conformidad con esta parte 4…

(1.5) "Consentimiento" significa cooperación en acciones o en actitud de conformidad con el ejercicio de libre voluntad y con conocimiento de la naturaleza del acto. Una relación actual antigua no deberá ser suficiente para constituir el consentimiento según las disposiciones de esta parte 4. La sumisión bajo la influencia del temor no deberá constituir el consentimiento. Nada en esta definición debe interpretarse de forma que afecte la admisibilidad de las pruebas o la carga probatoria con respecto al asunto de consentimiento según esta parte 4…

(2) "Partes íntimas" significa los genitales externos o el perineo o el año o las nalgas o los vellos púbicos o el seno de cualquier persona…

(3) "Físicamente indefensa" significa inconsciente, dormida, o de otra forma incapaz de indicar su consentimiento al acto…

(5) "Intrusión Sexual" significa cualquier intrusión, sin importar can leve sea, por medio de cualquier objeto o cualquier parte del cuerpo de una persona, salvo la boca, lengua o el pene, dentro de la apertura genital o anal del cuerpo de otra persona, si tal intrusión sexual puede ser razonablemente considerada como una intrusión con propósito de incitación, gratificación o abuso sexual.

(6) "Penetración sexual" significa relaciones sexuales, cunnilingus, fellatio, analingus, o relaciones anales. No es necesario probar la eyaculación como un elemento de penetración sexual. Cualquier penetración, sin importar cuan leve sea, es suficiente para completar el delito.

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-1.3-401. Delitos graves clasificados-presuntas penalidades

(1) (a)… (V) (A) Salvo que se disponga otra cosa en la sección 18-1.3-401.5 para los delitos contenidos en el artículo 18 del presente título a partir de 1° de octubre de 2013, en cuanto a cualquier persona condenada por un delito grave cometido a partir de 1° de julio de 1993 y antes del 1° de julio de 2018, los delitos graves se dividen en seis clases que se distinguen entre sí por los siguientes rangos presuntivos de penalidades que se autorizan en el momento de la condena:

Clase	Sentencia mínima	Sentencia máxima	Periodo Obligatorio de Libertad Condicional
3	Cuatro años de encarcelamiento	Doce años de encarcelamiento	Cinco años
4	Dos años de encarcelamiento	Seis años de encarcelamiento	Tres años

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-3-405.6 Invasión de privacidad para gratificación sexual

(1) Una persona que a sabiendas observa o toma una fotografía de las partes intimas de otra persona sin el consentimiento de la misma, en una situación en la que la persona observada o fotografiada tiene la expectativa razonable de gozar de privacidad, con el propósito de la gratificación sexual del observador, comete invasión ilícita de privacidad para gratificación.

(2) (a) Salvo que se disponga lo contrario en el párrafo (b) de esta subsección (2), la invasión de privacidad para gratificación sexual es un delito menor de clase 1 y es un delito de riesgo extraordinario sujeto a la gama modificada de imposición de sentencia especificada en la sección 18-1.3-501 (3)….

(3) Para los propósitos de esta sección, "Fotografía" incluye una fotografía, película, videocinta, transmisión en vivo, impreso, negativo, diapositiva u otro material visual producido o reproducido mecánica, electrónica o químicamente.

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-1.3-1004. Sentencias de duración indeterminada

(1) (a) Salvo los que se disponga en esta subsección (1) y en la Subsección (2) de esta sección, el tribunal de distrito con jurisdicción deberá sentenciar a un agresor sexual a la custodia del departamento por un término indeterminado de por lo menos el mínimo de la presunta gama especificada en la sección 18-1.3-401 por el nivel del delito cometido y un máximo de la vida natural del agresor sexual…

Leyes Revisadas de Colorado (C.R.S., por sus siglas en inglés) 18-1.3-501. Delitos menores clasificados-presuntas penalidades

(1) (a) Salvo que se disponga lo contrario en el párrafo (d) de esta subsección (1), los delitos menores se dividen en tres clases que sin distinguibles la una de la otra mediante las siguientes penalidades autorizadas tras una condena salvo lo que se dispone en la subsección (1.5) de esta sección:

Clase	Sentencia Mínima	Sentencia Máxima
1	Seis meses de encarcelamiento o una amulta de quinientos dólares o ambas cosas	Dieciocho meses de encarcelamiento o una multa de cinco mil dólares o ambas cosas

(3) (a) La asamblea general por este medio decide que ciertos delitos menores que están listados en el párrafo (b) de esta subsección (3) presentan un riesgo extraordinario de daño a la sociedad y por lo tanto, en el interés de la seguridad pública, la sentencia máxima por tales delitos menores deberá ser aumentada por seis meses.

(b) Los delitos menores que presentan un riesgo extraordinario de daño a la sociedad deberán incluir lo siguiente: …

(VI) El delito menor de invasión de privacidad para gratificación sexual, como se describe en la sección 18-3-405.6.

Conductas que se encuentran contempladas en los artículos 170, 171 y 178 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que establece:

Art. 170.- Abuso sexual. - La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (…)

Art. 171.- 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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. (…)

Art. 178.- Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

> No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

Ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la integridad sexual, la cual protege como expresa Edgardo Alberto Donna en su texto "Derecho Penal", Tomo I, pág. 512: *"… la reserva sexual de la víctima, entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual."*.

Las dos conductas delictivas en su esencia buscan sancionar a toda persona (Sujeto activo), que intencionalmente (Elemento subjetivo: dolo), abuse o cometa una agresión sexual en contra de otra persona (Resultado material de la infracción), y en caso de que la víctima no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, ambas legislaciones contemplan tal condición como un agravante propio del tipo que eleva la cuantificación de la sanción tipificada.

Ahora bien, en cuanto a la pena contemplada como sanción de la conducta descrita, existe una clara diferencia en ambas legislaciones, ya que la norteamericana permite la aplicación de la penalidad máxima de cadena perpetua[3], mientras que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida. Sin embargo, cabe aclarar, que dicha diferencia en el máximo de la pena no afecta al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente el mínimo de la condena, que en ambas figuras delictivas supera el año de privación de libertad.

c. Especialidad: El Estado requirente se compromete a juzgar o castigar el delito concreto por el que se concede la extradición. No obstante, este principio tiene dos excepciones: I) Consentimiento del Estado requerido, en cuyo caso se requerirá la formulación de una ampliación de la extradición; II) Declaración judicial de la persona entregada. El artículo 20 de la Ley de Extradición señala**:**

> Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier medida que afecte a su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será necesario autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 7 de esta ley y la declaración judicial de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición [...]

En el presente caso, la persona extraditada no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente a los delitos objeto de esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a foja 199 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

---

[3] Declaración Jurada que Sustenta la Solicitud de Extradición: "…12. El Cargo 1 y la Denuncia y Querella acusan a DETTMER de agresión sexual (víctima drogada incapaz). Respecto al delito en el Cargo 1, el estado de Colorado debe mostrar que DETTMER infligió el acto de penetración sexual o intrusión sexual contra la víctima; que él sabía que ella era incapaz de evaluar la naturaleza de su conducta; y que él la había afectado considerablemente al usar cualquier droga o estupefaciente sin su consentimiento. La penalidad máxima por este delito es la cadena perpetua…" (foja 74)

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN

Conforme al artículo 7 de la Ley de Extradición, toda solicitud formal de extradición deberá realizarse por vía diplomática, esto es a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y debe ser acompañada de los siguientes requisitos:

a) Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados;

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares;

c) Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso;

d) Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta Ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

De igual forma el artículo 5 del Tratado de Extradición entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América dispone:

> […] Las requisitorias para la extradición de fugitivos ante la justicia serán hechas por los Agentes diplomáticos respectivos (…) cuando el fugitivo solo está acusado de crimen, una copia debidamente legalizada del auto de prisión para arrestarle en el país donde el crimen haya sido cometido y de las deposiciones sobre qué tal auto ha sido expedido […]

En el presente caso la solicitud de arresto y extradición realizada por los Estados Unidos de América, cumple con todos los requisitos expuestos; ya que fue realizada por escrito, se la transmitió por vía diplomática y, fue acompañada de las siguientes copias certificadas y traducidas al idioma español:

a) Declaración Jurada que sustenta la Solicitud de Extradición, suscrita por la Fiscal Auxiliar de Distrito Kathrine A. Knowles, de 8 de marzo de 2019;

b) Disposiciones legales de los Estados Unidos de América, referentes a los delitos acusados al requerido, la pena que puede ser impuesta en caso de que sea declarado culpable, y la prescripción de la acción aplicable al presente caso;

c) Denuncia y querella, de fecha 14 de junio de 2016;

d) Moción y orden de añadir los cargos del 3 al 9, de fecha 29 de agosto de 2016;

e) Moción y orden de añadir los cargos del 10 al 131, de fecha 1 de octubre de 2018;

f) Orden para girar la orden de aprehensión contra Peter Robert Dettmer, de fecha 23 de enero de 2017;

g) Declaración Jurada del detective Ryan Beale del Departamento de Policía de Golden; y,

h) Documentos de identificación y fotografía de Peter Robert Dettmer.

A más de los requisitos señalados, cabe analizar si se cumple lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Extradición, acerca de la prescripción de la acción o de la pena, según la Ley ecuatoriana y la de los Estados Unidos de América.

Según la Declaración Jurada que Sustenta la Solicitud de Extradición realizada por la Fiscal Auxiliar de Distrito Kathrine A. Knowles, *"…Una vez que se presenta una denuncia y querella o moción y orden para añadir cargos ante un tribunal del condado o del distrito (…) la ley de prescripción queda suspendida y deja de contarse el paso del tiempo…"*, (fojas 70 a 76 del expediente); en cuanto a la legislación ecuatoriana es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que señala:

> […] Prescripción del ejercicio de la acción. - La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: (…) 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años […]

Por lo tanto, desde el 14 de junio de 2016, fecha en que Peter A. Weir, Fiscal de Distrito para el Primer Distrito Judicial del Estado de Colorado presentó la denuncia y querella[4] en contra de Peter Robert Dettmer en el Tribunal del Condado de Jefferson, inculpándolo de los cargos de agresión sexual e invasión de privacidad con propósito de gratificación sexual, delitos que en nuestra legislación se encuentran tipificados y sancionados en los artículos 170, 171 y 178 del Código Orgánico Integral Penal, que establecen un máximo de pena de privación de libertad de 22 años, en consecuencia, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que opere la prescripción de la acción.

Finalmente se determina que esta petición de extradición no se presenta por aquellos delitos considerados como de carácter político o militar, sino por delitos comunes, que se encuentran contenidos en las legislaciones de ambos Estados, así como, en el artículo 2, inciso 2 del Tratado de Extradición de 1872 y en el artículo 1, inciso 11 del Tratado Complementario de 1941, suscritos entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; por tanto, es evidente que la intención del legislador a esa fecha fue incluir en el catálogo de delitos extraditables a las violaciones a la integridad sexual en todas sus modalidades.

[4] Declaración Jurada que Sustenta la Solicitud de Extradición: "…5. Según las leyes de Colorado, un procesamiento penal puede comenzarse mediante la presentación de una denuncia y querella. Una denuncia y querella es un documento que establece los cargos, detalla los elementos y las fechas del/de los delito(s) e indica la autoridad legal aplicable. Si el Fiscal de Distrito determina que existe causa razonable para creer que el acusado cometió el/los delito(s), en base a la información proporcionada por las autoridades del orden público, el Fiscal de Distrito presenta la denuncia y querella ante el Tribunal dl Condado…". (foja 71)

SÉPTIMO: SOBRE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS ACTUADAS EN LA AUDIENCIA

Como prueba documental a su favor, la defensa del requerido solicitó se tome en cuenta el contenido de la Nota Verbal No. POL 510/2020 de fecha 5 de noviembre de 2020, sobre las garantías otorgadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América, y que se encuentra a fojas 194 a 200 del expediente. Misma que, en concordancia a los principios de la prueba establecidos en el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, se la califica como valida y pertinente.

En relación a las alegaciones expuestas por el abogado defensor en la audiencia oral, se manifiesta lo siguiente:

a) En primer término, se alegó:

> […] De la lectura que se ha dado se puede concluir que no hay garantías para el señor Dettmer, porque la garantía tiene que dar el Estado Federal, de ahí que solamente se hace símiles de lo que podría ocurrir, de ahí que no se puede decir que no se vaya a dar una cadena perpetua (…) Me remito al artículo 9 de la Convención de Extradición ratificado por Ecuador, en el que dice que no concederá la extradición en delitos que sancionen con pena de muerte, en este caso no da ninguna garantía, no hace referencia alguna a la pena establecido en el Estado de Colorado, no existe garantía de que no le pongan una pena infamante, no se puede garantizar que al señor se le imponga una pena de cadena perpetua. Si Ecuador entregara en extradición al señor Peter Robert Dettmer estaría sometiendo a tratos inhumanas, crueles y degradantes (…) El estado tiene la obligación de dar las garantías porque se trata de la libertad de una persona. No se puede conceder la extradición cuando hay la posibilidad de que se condene de por vida y de que se emita penas infamantes […]

Al respecto, es importante señalar que el Gobierno de los Estados Unidos de América mediante Nota Verbal No. POL 510/2020 de fecha 5 de noviembre de 2020, asegura entre otras garantías al Gobierno de la República del Ecuador que, si DETTMER fuese extraditado del Ecuador a los Estados Unidos, no será objeto de sanciones que violen su integridad corporal ni de tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual evidencia el compromiso formal de que el Estado requirente respetará los derechos humanos del requerido;

b) Se alegó además que:

> […] No hay fundamento para proceder a la extradición de Peter Dettmer. El artículo 2 de la ley de extradición se refiere a los casos de rapto o estupro y de piratería y no al de violación, por el que el delito que se lo acusa al señor Dettmer no entraría dentro de esa categorización (…) Me opongo a la extradición en razón al Principio de doble incriminación, fiscalía ha indicado que se cumple, sin embargo la doctrina dice que cuando no hay proporcionalidad de la pena no se cumple con tal principio de doble incriminación y tampoco con el principio de proporcionalidad […]

En cuanto a lo señalado, es preciso aclarar que la enunciación que hizo el abogado defensor del requerido de que el artículo 2 de la Ley de Extradición, *"…se refiere a los casos de rapto o estupro y de piratería y no al de violación..."*, es errónea ya que dicho artículo no establece ninguna categorización sobre delitos en concreto. Ahora bien, respecto a la alegación de que no se cumplen los principios de doble incriminación

y proporcionalidad del análisis realizado en el considerando QUINTO literal b) de esta sentencia los principios de doble tipicidad y gravedad del delito se encuentran cumplidos;

c) La defensa alegó además que:

> […] Viene al caso la extradición de Paul Ceglia a quien el Presidente de la República el 7 de julio de 2019 no concedió la extradición, porque no existe la reciprocidad, pues Estados Unidos no ha extraditado a ninguno de los ciudadanos ecuatorianos solicitados por el Ecuador, existen muchos casos de corrupción de personas que residen en Estados Unidos y no han sido extraditados, porque no existe tal reciprocidad (…) El señor Presidente concede la palabra al señor Abogado del requerido. - Las declaraciones del señor presidente Moreno se refieren al principio de reciprocidad porque Estados Unidos no extradita a los ecuatorianos que están allá […]

Al respecto, es preciso señalar que el principio de reciprocidad hace alusión a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro dentro de las relaciones internacionales. Este principio se ha de concebir desde la perspectiva nacional como internacional. Así en el primero, nos remitimos a la Constitución de la República ecuatoriana, que en el número 1 del Art. 416, proclama *"la cooperación, la integración y la solidaridad"* de los Estados en el ámbito de las relaciones internacionales. En el segundo, en el presente caso al Tratado de Extradición y Complementario suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, en los cuales los dos Estados, han convenido en entregarse mutuamente a las personas condenadas o acusadas por crímenes cometidos dentro de su jurisdicción y que se encuentren dentro de territorio de la otra parte, por lo que, en el presente caso el Gobierno de los Estados Unidos formula su pedido de extradición fundamentado en el Tratado de Extradición aplicable;

Por lo expuesto, y una vez analizados todos los argumentos planteados en audiencia por la defensa del requerido, resulta evidente que éstos no aportan con desvirtuar el objeto de la extradición.

OCTAVO: DE LAS GARANTÍAS

Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del requerido mediante providencia dictada el 21 de mayo de 2020, la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia a esa fecha, solicitó a las autoridades de los Estados Unidos de América, las garantías que se desprenden de los artículos 1, 5 numeral 7, 6, 13 y 20 de la Ley de Extradición, esto es:

> […] **a)** "…El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente"; **b)** "… que la persona reclamada no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.", el Estado requirente deberá brindar dicha garantía, específicamente en lo que tiene que ver a la posible pena aplicable en el proceso penal en contra de Peter Robert Dettmer, alias "Pedro Adler", toda vez que de la documentación adjunta a la solicitud de extradición de fojas 74 y 75 del expediente se desprende que la conducta tipificada en el Estado requirente permite la aplicación de cadena perpetua, condena no contemplada en la legislación ecuatoriana; **c)** Que el requerido no será perseguido por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; **d)** En caso de que el requerido sea condenado a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en Estados Unidos de América, el tiempo que estuviere detenido en Ecuador por motivos de extradición; **e)** No será enjuiciado por hechos anteriores o distintos al delito por el cual se otorga la extradición; y, **f)** De ser el caso,

no será extraditado, deportado o entregado a un tercer Estado sin previo consentimiento de las Autoridades Competentes de la República del Ecuador.[…]

Requerimiento que fue otorgado y remitido a este Despacho mediante Nota Verbal No. POL 510/2020 de 5 de noviembre de 2020, en la cual, las autoridades del Gobierno de los Estados Unidos, expresan:

> El Gobierno de los Estados Unidos está imposibilitado de proveer información exacta sobre la pena que DETTMER podría recibir si es declarado culpable, ya que las decisiones sobre penas específicas son de exclusiva discreción del juez que preside el caso. (…) Los Estados Unidos está presto en este caso en particular a asesorar al Gobierno del Ecuador sobre lo siguiente: Conforme a la Constitución de los Estados Unidos y las leyes de Colorado, se garantizará que DETTMER cuente con la asistencia efectiva de un abogado durante todo el proceso penal en su contra. Si el Tribunal considera que DETTMER no tiene los recursos para costear su propio abogado, el tribunal nombrará a un defensor público para que lo represente. En Colorado, la mayoría de casos penales se deciden en procesos de negociación de la pena, un acusado tiene la oportunidad de admitir culpabilidad por un delito menor incluido, o por un número menor de cargos que se le imputaron originalmente y por lo tanto recibir una pena menor que la que recibiría si fuera condenado en el juicio. La autoridad procesal pertinente ha indicado que estaría dispuesta a la posibilidad de negociar la pena con DETTMER. Si DETTMER es condenado por uno o por todos los delitos de los que se le acusa, él y su abogado tendrá la oportunidad de dirigirse al tribunal durante la fase de imposición de la pena en el juicio y presentar argumentos a favor de la reducción de su pena. Durante esta fase, cualquier familiar o amigo de DETTMER podría hacer declaraciones ante el tribunal y DETTMER podría presentar cualquier argumento que desee en un intento de reducir su posible pena. Si es condenado por todos los delitos, DETTMER puede recibir libertad condicional o una pena de prisión. Si es condenado a prisión, un estimado razonable del tiempo que realmente cumplirá, basado en los resultados de casos similares, sería de entre 15 y 20 años. En Colorado se pueden presentar múltiples acusaciones basadas en el mismo incidente, algo que refleja diferentes teorías de conducta criminal. Si DETTMER es condenado por uno o más cargos basados en pruebas idénticas, cualquier pena por esos cargos se combinará. Es decir, DETTMER no recibirá múltiples penas por condenas surgidas de pruebas idénticas, aunque los cargos reflejen diferentes teorías de conducta criminal. La ley de Colorado también contempla la posibilidad de penas concurrentes, conforme a las cuales una persona condenada por múltiples cargos delictivos cumple la pena correspondiente a cada cargo al mismo tiempo en vez de consecutivamente, lo que reduce considerablemente el tiempo total cumplido. Los tribunales de Colorado usan las penas concurrentes más frecuentemente que las consecutivas. Estos delitos están sujetos a la ley de penas indeterminadas de Colorado de 1988. Si, por ejemplo, DETTMER es declarado culpable de un delito grave de agresión sexual de clase 3 y condenado a prisión, se enfrenta a una pena de entre 4 y 12 años de perpetuidad, lo que significa que podría recibir una condena de prisión mínima de entre 4 años y perpetuidad o una condena máxima de entre 12 años y perpetuidad por ese delito. La fecha exacta de su liberación estaría determinada por el progreso de su rehabilitación y si existe una fuerte y razonable probabilidad de que no vuelva a delinquir. Ningún delincuente condenado bajo la ley de penas indeterminadas de Colorado ha sido condenado a más de 21 años de prisión. Si DETTMER es condenado, tendrá 49 días después de la fecha de la condena para presentar una apelación y puede solicitar una extensión. Puede apelar su condena y también puede presentar una moción para que esta se reconsidere (…) Si es condenado y considera que su condena fue errónea, DETTMER tendrá la oportunidad de solicitar un indulto del Estado de Colorado. Si se le concede

> el indulto, se lo liberará de su prisión y eliminaría la condena penal de su expediente. Finalmente, después de cumplir el 75 por ciento del total de su pena, DETTMER podría solicitar libertad condicional. La libertad condicional es un proceso mediante el cual se libera a los prisioneros que han cumplido una parte de su pena y que, por lo general, se comportaron bien mientras estaban en prisión, antes de cumplir la totalidad de la pena impuesta […].

Otorgando además las siguientes garantías:

> En cuanto a la solicitud del Gobierno del Ecuador de garantías adicionales, el Gobierno de los Estados Unidos aconseja lo siguiente: en virtud de la Constitución de los Estados Unidos, la persecución por motivos de política, raza, creencias religiosas o nacionalidad está prohibida. El artículo 3 del Tratado establece que una persona extraditada con arreglo al Tratado no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente al delito por el cual se pueda solicitar su extradición. Por lo tanto, los Estados Unidos tiene prohibido enjuiciar a DETTMER por actos anteriores. El Gobierno de los Estados Unidos de América asegura al Gobierno de la República del Ecuador que, si DETTMER fuese extraditado del Ecuador a los Estados Unidos, no será objeto de sanciones que violen su integridad corporal ni de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los Estados Unidos no extraditarán a DETTMER a un tercer país sin el consentimiento del Gobierno del Ecuador. Los Estados Unidos señalan que, a los efectos de la presente nota diplomática, extradición se refiere al traslado de una persona de los Estados Unidos a otro país con arreglo a un tratado bilateral de extradición con un fin procesal o para cumplir una pena. Cualquier periodo de encarcelamiento cumplido por DETTMER en Ecuador hasta su extradición será restado de cualquier pena impuesta por el tribunal en Colorado.

De lo expuesto se desprende que las autoridades de los Estados Unidos de América, asumen el compromiso de respetar las garantías al debido proceso, así como los derechos humanos de Peter Robert Dettmer dentro de las causas penales iniciadas en su contra por los presuntos delitos de invasión de la privacidad para satisfacción sexual y de agresión sexual, recalcando que en el Estado de Colorado la mayoría de los casos se deciden en procesos de negociación de la pena y que en caso de que Dettmer sea hallado culpable, tendrá derecho a interponer los recursos tendientes a modificar la posible sentencia. Por lo expuesto esta Presidencia considera que, bajo las condiciones antes señaladas, las garantías solicitadas se cumplen en parte, siendo necesario se exprese que en caso de que Peter Robert Dettmer sea encontrado culpable por los delitos por los cuales se solicita su extradición, se exprese que no será condenado a cadena perpetua y que el máximo de la pena privativa de libertad impuesta en su contra no excederá a (40) años, con base a que tal graduación de la pena es el máximo contemplado en nuestra legislación.

NOVENO: DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, y por cuanto se cumplen los requisitos de la extradición, con fundamento en lo previsto en los artículos 169 de la Constitución de la República, 19 y 199.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1,2,13 y demás pertinentes de la Ley de Extradición, esta Presidencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA RESUELVE:**

a) Conceder la extradición del ciudadano estadounidense PETER ROBERT DETTMER, a fin de que sea entregado a las autoridades de los Estados Unidos de América, y pueda ser enjuiciado

exclusivamente por los delitos de invasión de la privacidad para satisfacción sexual y de agresión sexual en violación de las Leyes Revisadas de Colorado, Secciones 18-3-402(1),(b),(4)(d), 18-3-405.6(1),(2)(a), 18-3-402(1)(b), 18-3-405.6(1),(2)(a), 18-3-402(1)(b) y 18-3-402(1)(h), cometidos en contra de las víctimas de iniciales D.K. y M.P;

b) A más de las garantías otorgadas por los Estados Unidos de América, en salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales que le asisten al requerido, en especial las reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a este proceso, y al tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 5 de la Ley de Extradición, la extradición de PETER ROBERT DETTMER queda concedida bajo el otorgamiento de las siguientes garantías que el Estado Requirente deberá presentar de forma escrita a través del canal diplomático: I) Que la persona reclamada no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a trataos inhumanos o degradantes; y, II) Que en caso de que PETER ROBERT DETTMER sea encontrado culpable por los delitos por los cuales se solicita su extradición, se exprese que no será condenado a cadena perpetua y que el máximo de la pena privativa de libertad que se podrá imponer en su contra no excederá los cuarenta (40) años, puesto que tal graduación de la pena es el máximo contemplado en nuestra legislación.
Para dar cumplimiento a lo dispuesto se otorga el plazo improrrogable de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta decisión al Estado Requirente.

c) Ratificar la medida cautelar de carácter personal de detención preventiva impuesta en su contra, por lo que deberá permanecer privado de su libertad en el Centro de Privación de Libertad de Varones Quito No. 4, a órdenes de esta Presidencia, hasta que concluya el procedimiento de extradición en su contra.

DÉCIMO: RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRENSIÓN

Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma que facilite la compresión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.

Con este antecedente, y en razón de la política de justicia abierta que busca, entre otros, que las decisiones que adoptan las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente auto se realiza un breve resumen de lo resuelto en el proceso hasta el momento.

DÉCIMO PRIMERO: CONOCIMIENTO DE ESTA RESOLUCIÓN

En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia y trascurrido el plazo establecido en el literal b) de la presente decisión o recibidas las garantías solicitadas, notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como a la señora Ministra de Gobierno.

Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Director del Centro de Privación de Libertad de Varones Quito No. 4, a la señora Ministra de Gobierno; al Jefe

de la Unidad Nacional Interpol y al requerido a través de sus abogados defensores. Por licencia de la titular actúe la doctora Sylvana León León en calidad de Secretaria General Encargada. - Notifíquese y cúmplase. f) Dr. Iván Saquicela Rodas. - **PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**. - Certifico: Dra. Sylvana León León. - **SECRETARIA GENERAL ENCARGADA**.

RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRENSIÓN. - El 23 de enero de 2017, Jueces de los Estados Unidos ordenaron la detención de Peter Robert Dettmer, con el fin de enjuiciarlo por supuestamente haber cometido un delito sexual en contra de dos mujeres.

Luego de conocer que ese ciudadano fue localizado por la policía de Ecuador, el 12 de agosto de 2019, la Embajada de Estados Unidos me envió la solicitud para que se realice el trámite necesario para que Peter Robert Dettmer sea trasladado a Estados Unidos.

Hoy, 20 de agosto de 2021, resuelvo que Peter Robert Dettmer sea entregado a las autoridades de los Estados Unidos para que, cuando se encuentre en ese país, pueda ser enjuiciado por el delito por el que se le acusa.

II

Expediente Nro. 12-2021
Fecha de Resolución: 27 de mayo de 2021, las 15h20

TEMA: *Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Mehmet Sirri Demir, requerido por la República de Turquía para ser enjuiciado por el presunto delito de tráfico o suministro de estupefacientes o sustancias estimulantes.*

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Expediente Nro. 12-2021

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR. - Quito, 27 de mayo de 2021, las 15h20 **(12-2021). - VISTOS:**

Agréguese el oficio S/N recibido electrónicamente el 14 de mayo de 2021, suscrito por el doctor César Xavier Hermida Alvarado, Juez de la Unidad Judicial Penal Norte 2 con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, mediante el cual informa sobre el estado actual de la causa penal No. 09281-2021-00594 seguida en contra del ciudadano Mehmet Sirri Demir y otros, por el presunto delito tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1, literal c) del Código Orgánico Integral Penal.

ANTECEDENTES: a) Mediante oficios No. MREMH-DAJIMH-2021-0071-O y No. MREMH-DAJIMH-2021-0074-O y anexos, recibidos el 25 y 31 de marzo de 2021, el Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana Encargado, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió a este Despacho la Nota Verbal No. Z-2020/49284519/32467262 de 12 de marzo de 2021, suscrita por la Embajada de la República de Turquía en Ecuador, a través de la cual las autoridades de dicho país, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y "Principio de reciprocidad en el Derecho Internacional", solicitan "la detención provisional" del ciudadano turco Mehmet Sirri Demir, con el propósito de su extradición a Turquía, requerido por el Tribunal Superior en lo Penal de la ciudad de Bingöl, por su participación en el delito de *"Tráfico o Suministro de Estupefacientes o Sustancias Estimulantes"*, tipificado en el artículo 188 del Código Penal Turco; **b)** Posterior al análisis correspondiente sobre la solicitud y documentación enviada, en providencia de 31 de marzo de 2021, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 8 de la Ley de Extradición, se ordenó, la detención preventiva con fines de extradición del señor Mehmet Sirri Demir; **c)** Mediante oficio No. 0154-CG-2021, remitido a esta Presidencia el 9 de abril de 2021, el Comandante General de la Policía Nacional informó que el ciudadano turco Mehmet Sirri Demir, a la fecha se encuentra privado de su libertad en la Penitenciaría del Litoral de Guayaquil, dentro de un proceso investigativo llevado por la Fiscalía de Delincuencia Organizada, Trasnacional e Internacional 13, por el delito de tráfico de drogas. En tal virtud, mediante auto de 13 de abril de 2021, se ordenó la prisión preventiva y se giró la boleta constitucional de encarcelamiento No. 007-2021-PCNJ, a fin de que Mehmet Sirri Demir, permanezca detenido por este procedimiento de extradición. En aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el 29 de abril del año en curso a las 10h00; y además se otorgó el plazo de 40 días para que las autoridades de la República de Turquía presenten la solicitud formal de extradición con toda la documentación de soporte; **d)** La audiencia de comparecencia se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la

presencia del requerido a través de videoconferencia desde el Centro de Privación de Libertad Guayas No. 1 (ex Penitenciaría del Litoral de Guayaquil), patrocinado por la Defensora Pública doctora Teresa del Rocío Andrade Rovayo, y asistido por la interprete traductora Nihan Boztas Álvarez, compareció además el doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de la señora Fiscal General del Estado; **e)** En cumpliendo a lo dispuesto, en auto de 13 de abril de 2021, la República de Turquía mediante Nota Diplomática No. Z-2021/49284519/32755394 de 12 de mayo de 2021, remitió a este Despacho la solicitud formal de extradición acompañada de la documentación de soporte pertinente; **f)** Mediante oficio S/N recibido electrónicamente el 14 de mayo de 2021, el doctor Cesar Xavier Hermida Alvarado, Juez de la Unidad Judicial Penal Norte 2 con sede en el cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, informó sobre el estado actual de la causa penal No. 09281-2021-00594 seguida en contra del ciudadano DEMIR MEHMET SIRRI y otros, por el presunto delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1, literal c) del Código Orgánico Integral Penal.

Una vez escuchadas las partes procesales, para resolver se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA. - El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de los artículos 1, 8, 11 y 13 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del Art. 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: *"…Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los Tratados e Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado…"*.

SEGUNDO: LEY APLICABLE. - Entre las Repúblicas del Ecuador y de Turquía, no existe Tratado de Extradición en particular, por lo que a este proceso de extradición del ciudadano Mehmet Sirri Demir, le será aplicable en primer lugar la Ley de Extradición ecuatoriana que en lo pertinente señala: *"Art. 1.- La extradición se concederá preferentemente atendiendo al principio de reciprocidad. El gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente"* y, *"Disposición General: Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición se regirán por la presente Ley, excepto en lo que fuere aplicable y estuviere expresamente previsto en los tratados o Convenios Internacionales en los que el Ecuador sea Parte."*; el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Sicotrópicas; y, los principios de Derechos Internacional Público aplicables a la materia.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL. - En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y los requisitos formales previstos en la Constitución de la República, así como en la Ley de la materia. El señor Mehmet Sirri Demir ha contado con la defensa técnica de la defensora pública doctora Teresa Andrade Rovayo, quién ha representado sus intereses durante todo el procedimiento; a su vez el requerido contó con la asistencia de la intérprete traductora Nihan Boztas Álvarez y fue escuchado en la audiencia. En conclusión, no existe violación de solemnidades sustanciales, ni causa de nulidad, por lo que se declara la validez procesal.

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA. - La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: EX, que significa Fuera De, y TRADITIO que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto "Derecho Penal", Tomo uno, página 113, señala que: *"Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada"*. En el presente caso estamos frente

a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de la República de Turquía.

En cuanto a su naturaleza, la extradición es de carácter procedimental, y no es sancionatoria, ya que no establece criterios de culpabilidad o inocencia ni impone penas; este procedimiento se compone de un elemento jurisdiccional, por cuanto su competencia radica en un Juez que tiene facultades como la de ordenar la prisión preventiva, respetando y aplicando todos los derechos y garantías Constitucionales; y, un componente administrativo, por cuanto la decisión final recae en el representante del Jefe de Estado (artículo 14 Ley de Extradición). En lo medular se trata de un acto de asistencia judicial interestatal en materia penal, encaminado a evitar la impunidad. Tal como expresa Luis Santiago González Warcalde en su texto "La Extradición", página 178: *"… cabe advertir que el proceso judicial (de extradición) tiene características propias por las que no cabe equipararlo a un juicio penal entendido desde su acepción estricta. Si bien posee la estructura propia del contradictorio, se encuentran limitadas las materias que pueden ser sometidas a discusión."*, lo contenido en paréntesis me pertenece. En Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se escuche al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien para combatir eficazmente la solicitud de extradición deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señale la Ley; y, velar por la correcta aplicación de los derechos y garantías del debido proceso. En el proceso de extradición no se valora el contenido del proceso penal, que origina la solicitud de extradición, ya que corresponde a jurisdicción y competencia de las autoridades del Estado requirente.

QUINTO: DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA EXTRADICIÓN:

a. **Legalidad:** El numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, dispone: "… Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, en observancia del trámite propio de cada procedimiento." En el caso en estudio el requerido Mehmet Sirri Demir comparece ante la autoridad competente según lo determina el artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, tal como se menciona en el considerando PRIMERO de esta sentencia, y le es aplicable el procedimiento pertinente según la Ley de la materia.
b. **Doble tipicidad y gravedad del delito:** Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido[1] y a su vez la misma no encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su texto "Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional", Tomo Primero señala: "…para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias…". De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: "…el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de

[1] Código Sánchez de Bustamante: Art. 353. - Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido.

la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos…". En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena mínima de privación de libertad de un año, este principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del "delincuente". Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición[2].

En el caso que nos ocupa, en la solicitud formal de extradición (foja 232-234), las autoridades de la República de Turquía expresan que el ciudadano Mehmet Sirri Demir es requerido por ser el presunto autor del delito "El Negociar o Proporcionar Drogas o Estimulantes"; la mención del delito acusado se encuentra en la Acusación No. 2012/18 emitida por el Tribunal Penal Pesado de Bingöl (foja 235), y la descripción de la conducta en particular se encuentra en los "Artículos penales sobre el delito del procesado Mehmet Sirri Demir" (foja 274), siendo esta: *"**Art. 188. La Producción y el Comercio de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas:** (1) Cualquier persona quien produzca, importe o exporte los estupefacientes y sustancias psicotrópicas sin licencia o contraria a la licencia se castiga con pena de prisión no inferior a diez años y también se castiga una multa punitiva hasta veinte mil días. (2) La parte ejecutada de la pena impuesta en el fin del juicio realizado en un país donde la exportación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas es considerado como la importación de los mismos en vista de otro país, es la compensación de la pena de ser impuesto a la finalización del juicio celebrado en Turquía debido a la exportación de exporta los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. (3) Cualquier persona que venda, suministre, entregue, transporte, almacene, compre, acepte o transporte los estupefacientes y sustancias psicotrópicas sin licencia o contrarias a la licencia, se castiga con pena de prisión de cinco a quince años y también se castiga con multa punitiva hasta veinte mil días. (4) En caso de que el delito esté relacionado con la heroína, la cocaína, la morfina o la base de la morfina, la pena que se imponga de acuerdo con los apartados anteriores se aumentará en la mitad. (5) En caso de comisión de los delitos mencionados en los apartados anteriores, en el marco de las actividades de un grupo organizado, la pena que se imponga de acuerdo con los apartados anteriores aumentará en la mitad. (6) Las disposiciones d ellos apartados anteriores se aplican en todos los aspectos para todos los tipos d ellos medicamentos con el efecto psicotrópicas cuya producción está sujeta a la autorización de las autoridades competentes y la venta se realiza bajo la receta prescrita por un médico. (7) Cualquier persona que se dedica a la importación, venta, compra, transporte, almacenamiento o exportación de cualquier producto del cual la importación y la producción está sujeta a la autorización de las autoridades oficiales, con el fin de utilizar esto en la producción estupefacientes y sustancias psicotrópicas se castiga con pena de prisión no inferior a cuatro años y también se castiga con multa punitiva hasta veinte mil días. (8) En caso de comisión de los delitos mencionados en este artículo por un médico, dentista, farmacéutico, químico, veterinario, personal sanitario, técnico de laboratorio, partera, enfermera, técnico odontología, enfermería, personal de salud o cualquier otra persona quien se encarga de la química o farmacia; el castigo que se imponga, se aumentará en la mitad."*

[2] Art. 2.- Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior.

Sobre el delito contemplado en el artículo 188 numeral 3 de la legislación turca, dicha conducta en la legislación ecuatoriana, se encontraba tipificada y sancionada en los artículos 60 y 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente al momento de cometimiento de los hechos, que puntualizaban: *"**Art. 60. Sanciones para el tráfico ilícito. -** Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley. **Art. 61.- Sanciones para el transporte. -** Quienes transporten, por cualquier medio o vía, sea fluvial, marítima, terrestre o aérea y por cualquier forma o procedimiento, sustancias sujetas a fiscalización, en transgresión de las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. No serán responsables los transportistas que desconocieren el contenido de la carga transportada."*. Conducta jurídica que actualmente se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, que señala: *"**Articulo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.-** La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años. 2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio. La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible."*

De lo expuesto se evidencia que ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la salud pública, tal como lo expresa el licenciado Efraín García Ramírez en su libro "Droga. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud" pág. 241: *"El bien jurídico tutelado es la salud pública ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan o porque un determinado número de ellos puede llegar a necesitarlas o aprovecharlas."* Mediante esta conducta delictiva el legislador busca sancionar a toda persona (Sujeto activo), que con conciencia y voluntad (Elemento subjetivo: dolo), cometa alguno de los verbos rectores de los delitos descritos, indistintamente de que tal acción implique un resultado material, pues estamos frente a un delito de peligro, es decir que la sola consumación del verbo rector vulnera directamente el bien jurídico protegido y es por esto que la "víctima" del delito es toda la sociedad (Sujeto pasivo).

Cabe resaltar que la lucha contra el tráfico de sustancias estupefacientes es un compromiso de carácter mundial y por tal, las Repúblicas de Ecuador y de Turquía han suscrito múltiples instrumentos internaciones, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas en la cual los Estados parte reconocen *"…la importancia de*

robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito."

En cuanto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, existe una clara diferencia en ambas legislaciones, ya que la turca establece como pena privativa de la libertad para el delito del artículo 188 numeral 3, un rango que va de 5 a 15 años. Por su parte la legislación nacional en los artículos 60 y 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas determinaba un rango de 12 a 16 años y que actualmente el artículo 220 establece una tabla de graduación de la pena privativa de libertad, en base a la cantidad (gramos) de la sustancia traficada, siendo la de mínima escala, sancionada en un rango de 1 a 3 años y la de gran escala de 10 a 13 años. Sin embargo, cabe aclarar que las diferencias en el quantum de la pena no afectan al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente el mínimo de la condena, que en ambas figuras delictivas supera el año de privación de libertad.

c. **Especialidad:** El Estado requirente se compromete a juzgar o castigar el delito concreto por el que se concede la extradición. No obstante, este principio tiene dos excepciones: **I)** Consentimiento del Estado requerido, en cuyo caso se requerirá la formulación de una ampliación de la extradición; **II)** Declaración judicial de la persona entregada. El artículo 20 de la Ley de Extradición señala: *"Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier medida que afecte a su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será necesario autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 7 de esta ley y la declaración judicial de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición..."*.

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN.- Conforme al artículo 7 de la Ley de la materia, toda solicitud formal de extradición deberá realizarse por vía diplomática, esto es a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, adjuntando los siguiente requisitos: *"a) Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados; b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares; c) Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso; d) Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta Ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas."*.

En el caso que nos ocupa la solicitud de detención provisional con el propósito de su extradición y la solicitud formal de extradición realizadas por las autoridades de la República de Turquía, cumplen con todos los requisitos expuestos; ya que fueron formuladas por escrito, se las tramitó por vía diplomática y, fueron acompañadas de los siguientes documentos certificados y traducidos al idioma español: **a)** Copia del acta de revisión del expediente del caso con número fondo 2015/18 2015/18 del Tribunal Penal Pesado de Bingöl, donde consta un resumen de los hechos, lugar, fecha y las circunstancias en que fueron realizados; **b)** Copia de la acusación emitida por la Fiscalía de la República de Turquía; **c)** Copia de la orden de captura emitida el Tribunal Penal Pesado de Bingöl de la República de Turquía; **d)** Copia de las disposiciones legales relativas al delito cometido, la penal aplicable y a la prescripción de la acción penal; y, **e)** Copia del certificado de registro de población donde consta los datos de identificación del requerido. Otorgando además las siguientes garantías: *"El delito cometido por el convicto no es de naturaleza política, militar o financiera. En la República de Turquía que es parte en convenios internacionales y el derecho inter-*

no, el convicto tiene todos los derechos legales. Turquía es parte del Convenio Europeo de derechos Humanos. Turquía también mencionada en el artículo 34 de la Convención en 1987 adoptó la solicitud individual presentada contra él. En este contexto, el condenado tiene derecho a presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra las decisiones finales que deben tomar nuestras autoridades judiciales o administrativas. Si, después de que se realiza la devolución, resulta que hay otro delito que está bajo la autoridad de la Justicia Penal turca y se comete antes de la fecha de devolución, en conformidad con la "Regla Especial", se hará una solicitud a las autoridades competentes de su país para que el condenado sea procesado por este delito. Si las autoridades competentes no dan su consentimiento, el condenado no será procesado por otros delitos que no sean objeto de la extradición.".

A más de los requisitos señalados, cabe analizar si se cumple lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Extradición, acerca de la prescripción de la acción o de la pena, según la Ley ecuatoriana y la de la República de Turquía. De la documentación agregada en las "Texto explicativo de posibles artículos de la ley disposiciones penales relacionadas con el acusado Mehmet Sirri Demir" (foja 213) se desprende que el artículo 66 numeral 1, literal d) del Código Penal de Turquía regula este presupuesto, destacando que el tiempo de vigencia de la acción penal será de quince años en delitos que requieren más de cinco años y menos de veinte años de prisión; en cuanto a la legislación ecuatoriana en aplicación del principio de favorabilidad se debe observar lo contemplado en el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que señala "…Prescripción del ejercicio de la acción.- La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: (…) 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años…", por lo tanto, para las legislaciones de las dos Repúblicas la acción penal para perseguir el presunto delito cometido el 21 de julio de 2011, por el requerido Mehmet Sirri Demir se encuentra vigente.

Finalmente se determina que esta petición de extradición no se presenta por aquellos delitos considerados como de carácter político o militar, sino por delitos comunes, que se encuentran contenidos en las legislaciones de ambas Repúblicas.

SÉPTIMO: CONSENTIMIENTO DE LA EXTRADICIÓN. – Mehmet Sirri Demir, compareció a la audiencia señalada, asistido por la Defensora Pública doctora Teresa Andrade Rovayo, y al ser preguntado por el suscrito Presidente, de sí conoce las razones que motivan el presente procedimiento extraditorio y si consiente o se opone al mismo, en uso de la palabra a través de la interprete traductora Nihan Boztas Álvarez manifestó: *"…en el año 2014 estaba pasando por Ecuador a Bolivia y en Lima, Interpol me detuvo y se inició un proceso de extradición a Turquía, pero no se resolvió y tuve que quedar en prisión en Lima por 35 meses, si quiero ser extraditado a Turquía, sé que ahí está un proceso en mi contra y estoy consciente que no tengo culpa por lo que quiero ser extraditado a mi país.".*

Ante lo cual se manifiesta que la figura de la extradición simplificada o voluntaria se encuentra contemplada en el segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Extradición que establece: *"…identificado el detenido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, le invitará a que manifieste con expresión de sus razones si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiera y no se suscitaran obstáculos legales que a ello se opongan el Presidente de la Corte Suprema de Justicia podrá acceder a la demanda de extradición…"*, por su parte el doctor José García Falconí en su obra previamente mencionada señala que

la extradición simplificada *"Es cuando el individuo se entrega y lo acepta de manera voluntaria…"*, de igual forma el doctor Augusto Durán Ponce en su artículo *"la extradición se concede no se impone"*, determina que la extradición abreviada se produce "Cuando el extraditado da su conformidad o allanamiento para ser extraditado ante las autoridades judiciales al tomar conocimiento de la pretensión judicial del Estado requirente y acepta ser extraditado."

Sin embargo, de lo manifestado cabe aclarar que en este caso se ha realizado el correspondiente análisis pormenorizado de cada uno de los requisitos de la extradición, garantizando de esta forma el debido proceso, siendo la expresión de voluntad del requerido un elemento más a considerarse.

OCTAVO: DECISIÓN. - Por las consideraciones expuestas, y por cuanto se cumplen los requisitos y garantías de la extradición, con fundamento en el artículo 169 de la Constitución de la República, artículos 1, 11 y 13 de la Ley de Extradición, y numeral 3 del artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Presidencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA DECIDE:**

a) Conceder la extradición del ciudadano de nacionalidad turca **MEHMET SIRRI DEMIR** con número de identidad 13489763168, a fin de que sea entregado a las autoridades de la República de Turquía, para que sea juzgado por el presunto delito de negociar o proporcionar drogas o estimulantes.
b) Ratificar la medida cautelar de prisión preventiva dictada en su contra, por lo que deberá permanecer privado de su libertad en el Centro de Privación de Libertad en el que se encuentra actualmente detenido a órdenes de esta Presidencia, hasta que se materialice su entrega.

NOVENO: ENTREGA APLAZADA. - De conformidad con el inciso segundo del artículo 18 de la Ley de Extradición, la entrega del ciudadano requerido, se aplaza hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en el Ecuador, concretamente en lo relativo a la causa penal No. 09281-2021-00594 iniciada en su contra en la Unidad Judicial Penal Norte 2 con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, por el presunto delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1, literal c) del Código Orgánico Integral Penal.

DÉCIMO: GARANTÍAS.- A más de las garantías otorgadas por la República de Turquía, en salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales del requerido, en especial las contenidas en la Constitución de la República y en el denominado bloque de constitucionalidad, así como lo dispuesto en los distintos instrumentos aplicables a este proceso, la extradición queda concedida bajo el otorgamiento de las siguientes garantías que el Estado Requirente deberá presentar de forma escrita a través del canal diplomático: **a)** Que la persona reclamada no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a trataos inhumanos o degradantes; y, **b)** En caso de sentencia que acepte la pretensión de extradición, se hará constar el tiempo que la persona reclamada ha permanecido privada de su libertad por razones de esta extradición.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto se otorga el plazo de 30 días contados a partir de la notificación de esta sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: CONOCIMIENTO DE ESTA RESOLUCIÓN: En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia, notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como al señor Ministro de Gobierno.

Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del señor Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Director del Centro de Privación de Libertad Guayas No. 1 (ex Penitenciaría del Litoral de Guayaquil), al señor Ministro de Gobierno; al Jefe de la Unidad Nacional Interpol Quito; al requerido a través de la defensora pública doctora Teresa Andrade Rovayo; y, al doctor Cesar Xavier Hermida Alvarado, Juez de la Unidad Judicial Penal Norte 2 con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, solicitándole informe oportunamente a este Despacho los avances de la causa penal No. 09281-2021-00594 seguida en contra de Mehmet Sirri Demir. Por licencia de la titular actúe la doctora Sylvana León León en calidad de Secretaria General Encargada. - Notifíquese y cúmplase. - f) Dr. Iván Saquicela Rodas. **- PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. -** Certifico: Dra. Sylvana León León. **- SECRETARIA GENERAL ENCARGADA.**

Gaceta Judicial

año 2021

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *17811-2019-01415*
Resolución Nro. *374-2021*
Fecha**:** *martes 18 de mayo del 2021, las 16h10*

TEMA: Caducidad del ejercicio para demandar en la vía contencioso administrativa.

ASUNTO

El ciudadano Carlos Alfredo Vargas Gallegos presenta una acción especial en contra del Estado Ecuatoriano, la Presidencia del Consejo de la Judicatura y del Procurador General del Estado, solicitando como pretensión que se le repare integralmente por los daños, perjuicios y daño moral sufrido por retardo injustificado e inadecuado servicio de administración de justicia, error judicial, violación del derecho a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso.

Previo a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, el tribunal de instancia fija los términos de la controversia y procede a analizar la posibilidad del administrado de ser escuchado, ofrecer y producir prueba en los términos de lo establecido en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito fija el objeto de la controversia en la caducidad del ejercicio para demandar en la vía contencioso administrativa.

Respecto al libelo inicial de la demanda, refiere el tribunal que, tratándose de una reclamación relacionada con la sustanciación de los procesos por mal funcionamiento de la administración de justicia, esta debe interponerse dentro de los 4 años subsiguientes contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado, de conformidad con el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sobre el objeto materia de la controversia, el tribunal expresa que conforme la prueba documental incorporada, esto es, de las copias certificadas de la causa y sentencia penal condenatoria en contra de Carlos Alfredo Vargas Gallegos, se infiere que la fecha de la notificación del acto violatorio habría sido el 20 de octubre de 2010, y que para la fecha de la presentación de la demanda, 11 de septiembre de 2019, habrían transcurrido aproximadamente 9 años, con lo cual se evidencia que se ha superado el plazo que tenía el demandante para deducir su acción por inadecuada administración de justicia.

El tribunal señala que uno de los requisitos procesales para la admisibilidad de la demanda, en la vía contencioso administrativa, es que se haya interpuesto dentro del término establecido en el artículo 306 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos y resuelve que en el caso, por haberse superado el referido término, se ha extinguido el derecho impugnatorio por la propia inactividad del administrado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2019-01415

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, martes 18 de mayo del 2021, las 16h10.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Fabián Patricio Racines Garrido fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 82021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante resolución No. 372018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución No. 1872019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** el 10 de marzo de 2021 sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso; **d)** con oficio No. 322-SG-CNJ de 14 de abril de 2021 se extendió el encargo hecho al doctor Javier Cordero López, Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de haberse extendido también la licencia por enfermedad concedida al Juez Fabián Racines Garrido. Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Agréguense a los autos los escritos presentados por el señor Carlos Vargas Gallegos. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I. ANTECEDENTES

1.1. En auto dictado el 13 de diciembre de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 178112019 01415 deducido por el señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos en contra del Estado ecuatoriano a través de la Presidenta del Consejo de la Judicatura y del Procurador General del Estado, resolvió declarar caducada la acción, inadmitir a trámite la misma y disponer su archivo.

1.2. El señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos, a través de su abogado patrocinador, interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos uno (1) y dos (2) del artículo 268 del COGEP.

1.3. Con auto de 12 de marzo de 2020 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

1.4. Con auto de sustanciación de fecha 04 de diciembre de 2020 se convocó para el día jueves 15 de abril de 2021, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5 En el día y hora fijados para el efecto y una vez que el Tribunal de jueces se encontraba debidamente conformado, se instaló la audiencia de casación a la que compareció el recurrente acompañado de su defensa técnica, quien fundamentó su recurso en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar al recurrente, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por voto de mayoría de los jueces Nacionales Iván Larco Ortuño y Javier Cordero López, mediante la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos, exclusivamente por el caso 1 del artículo 268 del COGEP, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

II. ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1. Validez procesal. En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de

nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

2.2. Delimitación del problema jurídico a resolver. El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia recurrida de fecha 13 de diciembre de 2019 está incursa en los yerros acusados por el recurrente; esto es: errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial (caso 1 del artículo 268 del COGEP); y, no cumplir con el requisito de motivación (caso 2 del artículo 268 del COGEP). De comprobarse dicho yerro en el auto recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

III. ANÁLISIS

3.1. Con cargo al caso 1 del artículo 268 del COGEP el recurrente acusa a la sentencia del vició de errónea interpretación de la norma de carácter procedimental contenida en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función, norma ésta que textualmente dispone lo siguiente: " *El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello. El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado. El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.* ***Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado****. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral*" (Lo resaltado nos corresponde).

En cuanto al vicio de errónea interpretación que es acusado por el recurrente, es necesario recordar que éste se presenta cuando el juzgador ha aplicado la norma que correspondía al caso, pero le ha otorgado un alcance o sentido distinto al previsto por el legislador. " *Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo*" (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia).

Para fundamentar el recurso por este vicio el recurrente transcribe la parte del auto recurrido en la que afirma se ha incurrido en el yerro acusado, para a continuación manifestar lo siguiente: " … *el Tribunal interpreta el inciso quinto del artículo antes citado de manera errónea, debido a que considera que se debe contabilizar el plazo de 4 años para demandar desde la última sentencia condenatoria, sin percatarse que en realidad dicho plazo debe contabilizarse desde que se realizó el último acto violatorio del derecho de mi representado, es decir desde un día antes a la emisión del acto que interrumpió los efectos dañosos y violatorios de derechos de mi representado, el acto de SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO del procesado penalmente. Fue el 24 de julio de 2018 la fecha en la que fue dictado el acto de sobreseimiento definitivo de Carlos Vargas y otros. Hasta un día antes de dicha fecha, cuando la sentencia condenatoria seguía vigente, los derechos de mi representados seguían siendo violados el encontrarse vigentes las medidas cautelares y la orden de prisión en su contra*… " . Luego de citar jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia sobre el tema de contabilización del plazo para que opere la prescripción, el casacionista señala: " *El criterio de la Corte Nacional de Justicia no solo es reiterado y confirmado, sino que es lógico, ya que debe considerarse cómo podía haber presentado mi representado en el año 2010 su demanda en contra del Estado por error judicial, retardo injustificado e inadecuada administración de justicia y violación del derecho a la seguridad jurídica, tal como pretende el Tribunal Contencioso Administrativo, cuando en ese momento había sido declarado injusta e ilegalmente 'culpable'del delito de peculado y se le condenó a prisión y otras medidas cautelares de sus derechos, medidas que empezaron a tener efecto jurídico y real desde ese momento, y hasta el año 2008, que fueron interrumpidos los actos violatorios de sus derechos con el acta de sobreseimiento definitivo? ¿Cómo podía haber presentado mi representado en el año 2010 su demanda*

en contra del Estado si en ese momento era culpable ante la ley? ¿Con qué pruebas o argumentos hubiera demostrado que el Estado cometió error judicial, inadecuada administración de justicia e inseguridad jurídica, si en ese momento ningún tribunal o corte lo habían sobreseído, o declarado inocente… ?".

Corresponde entonces confrontar los argumentos del casacionista con la motivación constante en el auto recurrido, a fin de poder determinar si el vicio de errónea interpretación está o no presente en dicha providencia. Es así que se verifica que en el considerado segundo del auto recurrido, el Tribunal de instancia determina lo siguiente: " … *el tribunal infiere que desde la fecha de notificación de la última sentencia condenatoria en contra del accionante, esto es, desde el 20 de octubre de 2010, hasta la presentación de la demanda que nos ocupa en el presente análisis de fecha 11 de septiembre de 2019, según consta de la razón de sorteo de la demanda de (fs. 204), han transcurrido aproximadamente nueve años desde el presunto acto violatorio en su contra, en tal virtud se evidencia que ha superado el plazo de cuatro años que tenía el accionante para deducir su acción por inadecuada administración de justicia, lo que determina que se haya producido la caducidad del derecho para demandar…* " . Adviértase entonces que para contabilizar el plazo de prescripción de cuatro años previstos en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal de instancia ha considerado la fecha de emisión de la última sentencia condenatoria dictada en contra del recurrente.

Sobre los argumentos del Tribunal de instancia antes transcritos es necesario considerar que el inciso quinto del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial de manera textual dispone que el plazo de cuatro años para que opere la prescripción se contará " *desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado*". Corresponde entonces en este punto determinar con precisión cuando se realizó el último acto violatorio de los derechos del hoy recurrente. Al efecto se debe señalar que de los documentos aparejados al acto de proposición se infiere que han existido tres juicios penales en contra del señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos: En el primer juicio (13241-2006-0045), con fecha 20 de octubre de 2010 se dictó sentencia condenatoria en contra del hoy recurrente, pero una vez interpuesto recurso de casación, con fecha 11 de agosto de 2010 la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar el referido recurso, revocar la sentencia emitida por el Tribunal Penal y ratificar la inocencia del hoy recurrente. En el segundo juicio (1324220060039), con fecha 26 de febrero de 2007 se dictó sentencia condenatoria en contra del hoy recurrente, pero el 02 de octubre de 2008 la Corte Suprema de Justicia aceptó el recurso de casación que se había interpuesto y ratificó la inocencia de varios procesados, entre ellos el hoy recurrente. Dentro del tercer juicio (17251-2003 399) el hoy recurrente fue llamado a juicio el 27 de agosto de 2004, pero con fecha 24 de julio de 2018 la Unidad Judicial Penal competente dictó auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados; y, en consecuencia, se revocaron las medidas cautelares y reales que pesaban contra el hoy recurrente. Adviértase entonces que en las tres causas antes referidas el señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos fue llamado a juicio y fue encontrado culpable, debiendo ponerse énfasis en el hecho de que se habían dictado en su contra medidas cautelares de carácter personal y real. Nótese también que el 02 de octubre de 2008 y el 11 de agosto de 2010 la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar los recursos de casación que había planteado el señor Carlos Alfredo Vargas Gallegos y resolvió ratificar su estado de inocencia, pese a lo cual continuaba sustanciándose otro juicio en su contra basado en los mismos hechos, y es recién con fecha 24 de julio de 2018 cuando el Juez competente dictó auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados, con lo cual finalmente se revocaron todas las medidas cautelares personales y reales que hasta fecha se mantenían vigentes. Queda claro entonces que los actos violatorios alegados por el accionante se han sucedido de manera continuada durante la sustanciación de los tres juicios penales incoados en su contra, toda vez que las medidas cautelares reales y personales se mantuvieron vigentes durante el tiempo de sustanciación de las referidas causas; hasta que, el 24 de julio de 2018 se dictó el auto con el que el hoy recurrente quedó librado de toda responsabilidad y se revocaron todas las medidas cautelares violatorias de sus derechos. De esta manera queda evidenciado que el último acto violatorio de los derechos del perjudicado se produjo el 23 de julio de 2018 toda vez que al día siguiente se dictó el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados, cesando con ello las medidas cautelares que se habían dictado en contra del hoy recurrente.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado sobre la forma en que se ha de

contabilizar el plazo de prescripción previsto en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial. En efecto, en el recurso de casación No. 13801-2010-0080, esta Sala Especializada determinó lo siguiente: "*En la especie, el plazo de caducidad de la acción se empieza a contar desde que el último acto violatorio quedó en firme en la instancia penal ordinaria, es decir, a partir de que la última actuación que agotó la jurisdicción penal quedó ejecutoriada, lo cual ocurrió con la sentencia de casación, encontrándose por tanto impedido el actor de ejercer anticipadamente una acción mientras las vías de impugnación penal se encontraban vigentes*…". En igual sentido, en la sentencia dictada dentro del proceso No. 1774120161339 consta lo siguiente: "… *el cómputo del plazo de la prescripción de la acción en el presente caso, debe contabilizarse desde que terminó el proceso penal en contra del demandante*…". Esta línea jurisprudencial encuentra su fundamento en el hecho cierto e incontrovertible de que antes de que se haya dictado el auto de sobreseimiento definitivo, el actor no podía plantear ninguna demanda por responsabilidad objetiva en contra del Estado, toda vez que aún no se agotaba la instancia penal ordinaria, y por tanto la decisión podía haberse revertido, coligiéndose entonces que solamente a partir del auto de sobreseimiento definitivo surge el derecho a plantear la acción.

Por lo dicho, ha quedado evidenciado el error de interpretación en que ha incurrido el Tribunal de instancia al considerar equivocadamente que el plazo de prescripción debía contabilizarse " *desde la fecha de notificación de la última sentencia condenatoria en contra del accionante, esto es, desde el 20 de octubre de 2010*" , toda vez que en el auto recurrido se ha otorgado al artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial un alcance o sentido distinto al que realmente tiene al considerar que el último acto violatorio del derecho del perjudicado es la última sentencia condenatoria dictada en contra del hoy recurrente en el año 2010, cuando la correcta interpretación que debía darse a la referida norma es que los últimos actos violatorios de los derechos del accionante están constituidos por las medidas cautelares reales y personales que se mantuvieron vigentes hasta el día en que se dictó el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados; esto es, el 24 de julio de 2018. Si contabilizamos el plazo transcurrido entre la mencionada fecha de los últimos actos violatorios a los derechos del accionante, y la fecha de presentación de la demanda (11 de septiembre de 2019), se verifica que la acción ha sido ejercida de manera oportuna, dentro del plazo previsto en el inciso quinto del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Al haberse comprobado que el auto recurrido ha incurrido en el vicio contemplado en el caso 1 del artículo 268 del COGEP; esto es, errónea interpretación de norma procesal, es procedente que esta Sala Especializada case dicho auto.

3.2. Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el casacionista acusa a la sentencia recurrida de carecer del requisito de motivación. Resulta importante recordar que este vicio es de vital importancia, motivo por el cual el casacionista que fundamente su recurso en esta causal debe especificar los motivos por los cuales considera que la sentencia o auto recurrido carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Para fundamentar el recurso por esta causal el casacionista de manera escueta manifiesta: "*Al haber cometido el grave error en la interpretación de la norma (art. 32 COFJ), el Tribunal arribó a una conclusión equivocada, que no tiene motivación porque los hechos y fechas del caso no se apegaron a la correcta interpretación de la normativa aplicable al caso*…".

En relación a la fundamentación del recurso expuesta por el casacionista se debe indicar que las causales previstas en el artículo 268 del COGEP son autónomas e independientes ya que provienen de circunstancias totalmente disimiles, motivo por el cual resultan excluyentes entre sí. Precisamente por este motivo el recurrente debe fundamentar de manera independiente cada una de las causales en la que fundamenta su recurso. Mas sin embargo, en el caso *sub examine* el recurrente ha pretendido conjugar o agrupar los casos 1 y 2 del artículo 268 del COGEP, no solamente porque utiliza los mismos argumentos en ambas causales, sino porque además el recurrente ha omitido su obligación de fundamentar la causal segunda del artículo 268 del COGEP de manera independiente, no haciéndola depender de la otra causal alegada, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

IV. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Alfredo Vargas

Gallegos por el caso 1 del artículo 268 del COGEP, por el vicio de errónea interpretación del inciso quinto del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial. De conformidad a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 273 del COGEP, se declara la nulidad del auto interlocutorio de fecha 13 de diciembre de 2019 emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito dentro del juicio No. 17811-2019-01415, disponiendo remitir el proceso al referido Tribunal a fin de que continúe la tramitación del proceso desde el punto en que se produjo la antes referida nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Javier Cordero López, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).

VOTO SALVADO

Juicio No. 17811-2019-01415

Juez Ponente: Patricio Adolfo Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, martes 18 de mayo del 2021, las 16h10.

VISTOS: Por no estar de acuerdo, parcialmente, con el voto de mayoría, apartándome de su decisión, expreso mi **VOTO SALVADO**, en los términos siguientes:

PRIMERO.- El recurrente Carlos Alfredo Vargas Gallegos ha formulado su recurso de casación acogiéndose a las causales primera y segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; por estimar, respectivamente, de errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y, por falta de motivación del auto expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 13 de diciembre de 2019, por el cual inadmitió la demanda al estimar que se había producido la caducidad de la acción.

SEGUNDO.- En lo relacionado a la causal segunda del artículo 268 del COGEP, que dice relación a la falta de motivación del mencionado auto, es pertinente señalar que por la característica de formalidad que tiene el recurso de casación el cual se sujeta además estrictamente al principio dispositivo, el cual somete al juez a pronunciarse solamente respecto a aquellos asuntos delimitados en el caso por el casacionista; lo cual proscribe la denominada casación de oficio. En este contexto, es claro que, cuando el recurrente ataca la decisión judicial por la causal de defectos en su motivación, tal ataque debe ser debidamente fundamentado a fin de que el juzgador pueda identificar los elementos que el casacionista explica como deficientes en el auto o sentencia que interpela; para lo cual ha de señalar la parte de la decisión en la que se habría producido el vicio, determinando con claridad las deficiencias, falencias, inexactitudes e impertinencias en las que el juzgador de instancia ha incurrido. En la especie, es evidente que el casacionista no ha efectuado, en su escrito de proposición del recurso, como en la audiencia de sustentación de éste, explicación alguna que pueda conducir adecuadamente al análisis de la causal; razón suficiente para que el recurso sea desestimado por la acusación de falta de motivación.

TERCERO. **3.1** Acusa el casacionista que el auto del que recurre incurre en la causal primera del artículo 268 del COGEP, por haber interpretado erróneamente el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial en su inciso quinto, debido a que el plazo de 4 años, allí determinado para efectos de formular la demanda, lo contabilizan desde la última sentencia condenatoria, sin percatarse que ese conteo, de acuerdo a esa norma debe partir desde que se " *realizó el último acto violatorio del derecho de mi representado, es decir desde un día antes a la emisión del acto que interrumpió los efectos dañosos y violatorios de derechos de mi representado, el acto de SOBRESEIMENTO DEFINITIVO del procesado penalmente. Fue el 24 de julio de 2018 la fecha en la que fue dictado el acto de sobreseimiento definitivo de Carlos Vargas y otros. Hasta un día antes de dicha fecha, cuando la sentencia condenatoria seguía vigente, los derechos de mi representados seguirá siendo violados el encontrarse vigentes las medidas cautelares y la orden de prisión en su contra… " (sic).*

3.2 La norma infringida, denunciada por el casacionista ordena:

> "Art. 32.- JUICIO CONTRA EL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y POR REVOCATORIA O REFORMA DE SENTENCIA CONDENATORIA.
> El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.
> Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.
> El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado.
> El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código. Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado.
> Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral".

Debe señalarse que, si bien el recurrente se refiere al inciso quinto de la norma transcrita, en realidad cuando hace su argumentación, transcribe el inciso cuarto que dice: " Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado" .

3.3 La causal referida por el casacionista contenida en el artículo 268 del COGEP se refiere a;

> "1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

3.4 Como se observa, la causal invocada no solo refiere (i) los modos de infracción en los que puede incurrir la decisión judicial; falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de norma jurídica procesal; (ii) los cuales están ligados a la existencia de potenciales vicios de nulidad insubsanable o (iii) que hayan generado indefensión al recurrente; hermanados a que (iv) hayan influido por a gravedad de la transgresión en la decisión de la causa; y, (v) que la respectiva nulidad no haya sido subsanada legalmente. Es por ello una causal compleja ya que cualquiera de los modos de infracción que hayan sido escogidos por el casacionista debe ser sustentado con los demás elementos exigidos por causal, que han sido enumerados.

3.5 El casacionista expone que el modo de infracción que estaría viciando el auto recurrido es el de errónea interpretación del quinto inciso del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, como se ha dijo en el numeral 3.2; la errónea interpretación de una norma, vicio denunciado por el casacionista, ocurre cuando:

> "Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal… " (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama " El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional". Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

El vicio de errónea interpretación, escogido por el casacionista, implica además la necesidad de que el éste fundamente el cargo, señalando la parte del fallo en que la norma infringida habría sido usada por el Juzgador, cuál es la interpretación que se ha dado a esa norma, explicando el método de interpretación escogido por aquel; determinando las razones por las cuales no correspondía hacerse

tal interpretación y, la explicación de cómo debía interpretarse, con el razonamiento adecuado, refiriendo asimismo el método que debía usarse para ese efecto; para finalmente establecer la incidencia y trascendencia que el yerro ha provocado en la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

3.6 El mismo autor (Tama, p.188), refiriéndose a la causal manifiesta:

> "Por ello dice la doctrina jurisprudencial todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal.." .

Las disposiciones normativas a las que el autor refiere, como causa de nulidad se contienen en los artículos 109 y 110 del COGEP, que ordenan:

> Art. 109. Efecto de la nulidad. La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo.
>
> Art. 110. Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada: 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial. 2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación (..). No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento"

De la lectura de las normas transcritas, se desprende que esas nulidades deben necesariamente ser promovidas dentro del mismo juicio, ya que así ha de entenderse que el Artículo 110 establece que puede ser declarado de oficio o a petición de parte como causal de apelación o casación; consecuentemente, cuando el recurso sostiene como cargo la causal primera del artículo 168 del COGEP, obligatoriamente debe señalar cuáles con las causas que han viciado de nulidad insanable al proceso y esas solo pueden ser las establecidas, por el principio de especificidad, en el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, aplicable a este caso, norma que enumera específicamente las solemnidades sustanciales comunes a los procesos judiciales que son: " 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la Ley prescribe" .

3.7 No debe descuidarse que la causal también refiere los casos en los que puede haberse producido la indefensión, evento en el que debe sustentarse en el recurso, cuáles son los aspectos que, en la sentencia, demostrarían la existencia de violación o restricción de los derechos de defensa, señalando siempre las normas jurídicas que amparan estos derechos.

3.8 Tanto para fines de la nulidad como de la indefensión establecidos en la causal ha de tenerse presente que en la casación es aplicable, y fundamentalmente en esta causal, el denominado principio de especificidad el cual determina que las únicas causales por las cuales puede declararse la nulidad del proceso judicial, son aquellas que de modo expreso están determinadas en la Ley; sin que otros vicios puedan tener el mismo efecto; *pas de nullité sans texte (sin texto no hay nulidad).*

Consecuentemente, cuando se denuncia los vicios relativos a esta causal, sea que se alegue nulidad o indefensión, es indispensable que en la fundamentación del recurso se establezca con claridad cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales o convencionales que determinen la existencias de ese vicio.

3.9 De la revisión del recurso de casación en análisis, así como de la escucha de los sustentos orales producidos en la audiencia oral celebrada en esta causa, puede determinarse que en la especie no consta expresión que haga referencia a las potenciales causas de nulidad o indefensión ni a las normas o principios jurídicos que contengan los derechos del recurrente, potencialmente vulnerados, en el auto materia del recurso de casación, no existe información sobre la insubsanación de la nulidad en la instancia. De la misma manera, no se encuentra en el recurso qué método de interpretación ha sido usado en el auto recurrido, ni la explicación

de por qué ese método de interpretación era inadecuado, cuál era el que debía ser usado en el caso y las razones por las que era el pertinente para la interpretación debida de la norma denunciada como infringida.

En suma, el recurso no contiene en su fundamentación una proposición jurídica completa como exige la causal conforme ha sido analizado; razón por la que el recurso es improcedente también por esta causal.

4. DECISIÓN: Con sustento en lo expuesto, **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 el ciudadano Carlos Alfredo Vargas Gallegos; en consecuencia, no CASA la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del proceso No. 17811-201901415. Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas como secretaria relatora. **NOTIFIQUESE.**

f) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Javier Cordero Lopez, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *18803-2016-00062*
Resolución Nro. *455-2021*
Fecha: *martes 8 de junio de 2021, las 09h58*

TEMA: Excepciones a la coactiva: Inexistencia de obligación por nulidad de título ejecutivo (pagaré)

ASUNTO

Los cónyuges María Belén Vega Brito e Iván Arsenio Garzón Villacrés interponen su demanda en contra del Juez de Coactivas de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET) en liquidación. Fundamentan su pretensión amparados en la presunta inexistencia de un hecho generador de la obligación, pues a su decir, no se cumplieron con las condiciones del acta de compromiso que fue suscrita entre la Gerente de la CACPET en calidad de acreedora. Subsidiariamente, alegan que, en caso de reconocerse la existencia de un título ejecutivo, el referido pagaré carece de respaldos o asientos contables, por cuanto no existe una transferencia de fondos a su favor, ni tampoco un usufructo de dichos valores o transferencia de derechos prendarios, por lo que es evidente que no existe ninguna deuda líquida, determinada y menos aún de plazo vencido, como erróneamente sostiene el Juez de Coactivas de la CACPET.

Los demandantes refieren que no han sido citados con el auto de pago, lo que les deja en indefensión, por dictarse medidas cautelares vulnerando derechos de los comparecientes, sin que las mismas hayan sido notificadas.

Presentan además como excepciones a la coactiva las siguientes: i) falsedad ideológica, ii) inejecutividad del título, iii) falta de objeto y causa lícita, iv) falta de provisión de fondos, ya que la CACPET nunca entregó dinero, ni se realizó desembolso alguno en favor de los comparecientes por la supuesta cantidad alegada de un millón de cuatrocientos cincuenta mil quinientos dólares, v) dolo, y, vi) falta de legítimo contradictor.

El Juez de Coactivas, en su contestación a la demanda, refiere que los cargos de ilegalidad de la demanda no son congruentes con la pretensión de los actores.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en la ciudad de Ambato fija el objeto de la controversia en resolver sobre las excepciones a la coactiva, principalmente la nulidad de titulo ejecutivo (pagaré a la orden) e inexistencia de la obligación.

Respecto a la primera excepción: falta de citación con el auto de pago, refieren los jueces que no se ha logrado desvirtuar el cargo alegado, pues con la prueba documental presentada no se ha podido colegir la razón de citación con dicho auto a los deudores.

Sobre la alegación de omisión de solemnidad sustancial, establecida en el numeral 5 del artículo 966 del Código de Procedimiento Civil, expresan los juzgadores que tal omisión no configura indefensión para la parte actora, por cuanto al dictarse en el procedimiento coactivo únicamente medidas cautelares, no se vulnera su derecho a la defensa, justamente por el estado de situación inicial de la demanda, así el funcionario ejecutor habría actuado en base a la normativa legal que le faculta tal proceder, según las atribuciones de los artículos 421 y 952 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre las excepciones de incumplimiento de requisitos del artículo 486 del Código de Comercio en el título ejecutivo, la incompetencia del demandado, la violación del derecho a la seguridad jurídica, la presunta irrogación de funciones de los funcionarios actuantes en el juicio coactivo no establecidas en el Reglamento de jurisdicción coactiva y la nulidad de la delegación coactiva al liquidador; el tribunal desestima dichos cargos por falta de prueba conducente a su demostración.

Respecto a la excepción de falta de legitimación pasiva, expresa el Tribunal que, si los actores comparecen a ejercer su acción por sus propios derechos y dirigen su reclamación subjetiva en contra del Juez de Coactivas y Liquidador de CACPET, no hay falta de legitimación ad causam, ya que para tal propósito basta tener capacidad de ejercicio. Sobre la excepción de legítimo contradictor, los juzgadores ad quem la desestiman, por cuanto los ciudadanos María Belén Vega Brito e Iván Arsenio Garzón Villacrés aparecen como suscriptores del título que antecede al auto de pago y el acreedor es el representante y liquidador de CACPET, debido a la liquidación forzosa a la que se encuentra sometida dicha entidad.

Sobre el incumplimiento de las condiciones previstas en el acta de compromiso de 08 de mayo de 2015, el Tribunal establece que, de las constancias procesales, se verifica que si se procedió a la resciliación de la prenda industrial, aun cuando no se cumplieron con las condiciones pactadas en el literal c) y d) – (i) la constitución de prenda industrial sobre la maquinaria objeto de transferencia por parte de sus nuevos dueños quienes debían ser la actora y su cónyuge; y, (ii) el tiempo de tramitación de la documentación no mayor a los 15 días - , lo cual desvirtúa lo alegado por los actores, presuponiendo la existencia de una relación fundamental que constituye el vínculo del título (pagare a la orden).

Sobre el cargo de falsificación ideológica de documento, vinculado al incumplimiento de las condiciones previstas en el acta de compromiso, en el análisis sobre las circunstancias suficientes y/o esenciales para declarar una falsedad ideológica, el tribunal concluye que todas las circunstancias del negocio subyacente que precede a la suscripción y aceptación del pagare a la orden, no bastan para declarar una falsedad ideológica del título, pues para que proceda se debe haber faltado a la verdad, es decir, los hechos, actos u otros

acontecimientos que dieron origen a la aceptación del mismo deben corresponder a situaciones o circunstancias no verdaderas, esto es, que únicamente existan en el imaginario jurídico o deben ser hechos supuestos, simulados, etc.; y, además la mutación de la verdad debe ser primordialmente esencial, de tal suerte que la alteración de las circunstancias provoque una sustancial variación de los efectos jurídicos del título que se pretende declarar como falso. En la especie, el tribunal estima que el pagaré a la orden está revestido de autenticidad, porque deviene de una acta de compromiso en la que constan obligaciones verdaderas a las cuales se comprometieron los suscribientes, que están en principio llamadas a cumplirse, pues el hecho de haber inobservancias de parte y parte no constituyen elementos esenciales para enervar la autenticidad del título (pagaré a la orden), porque el negocio subyacente no ha sido declarado por ninguna autoridad competente como falso, imaginario y/o ilícito.

Con las consideraciones expuestas, el tribunal niega la demanda y ordena al funcionario respectivo que continúe con el procedimiento coactivo, en caso de estar suspendido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18803-2016-00062

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, martes 8 de junio del 2021, las 09h58.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Velásquez Díaz y Fabián Patricio Racines Garrido fueron designados como Jueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución Nº 8-2021 de 28 de enero de 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 el 15 de noviembre de 2019, y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **c)** conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021 y considerando la nueva integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales; **d)** el 15 de marzo de 2021 se resorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por Fabián Patricio Racines Garridos, Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste último en calidad de Juez Ponente, conforme consta en el acta agregada al proceso; **e)** somos competentes para resolver la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Estando el presente recurso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato expidió sentencia el 26 de enero de 2018, dentro del proceso No. 18803-2016-00062 seguido por María Belén Vega Brito e Iván Arsenio Garzón Villacrés en contra de Celso Darwin Villegas Espín y Concepción Catalina Rodríguez Cedeño, en calidad de ex-jueces de coactiva; y, de la ingeniera Karina Alexandra Tapia Terán, actual Juez de Coactivas de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua Ltda., CACPET LTDA., en liquidación, por los derechos que representan; así como del Procurador General del Estado. En dicho fallo, los jueces del Tribunal de instancia negaron la demanda y ordenaron que se continúe con el procedimiento coactivo.

1.2.- Los actores presentaron recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose para el efecto en las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.3.- El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 20 de noviembre de 2018 admitió a

trámite el recurso de casación interpuesto, en los siguientes términos: "… *se ADMITE el recurso en lo relacionado a los cargos prevenidos en el Art. 3 de la Ley de Casación, examinados en los considerandos 5.4.4.1, sobre la causal segunda; 5.4.4.2 sobre la causal quinta; 5.4.4.3 sobre la causal tercera; y 5.4.4.4 sobre la causal primera, solo en lo relativo a su literal a), que se refiere al artículo 217, numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial y a su literal e) relativo a precedentes jurisprudenciales; y, por incumplir el numeral 4) del artículo 6 de la Ley de Casación se INADMITE el recurso de casación en cuanto a los cargos formulados en los literales b), c), d), f) y g) del considerando 5.4.4.4 de este auto*".

En consecuencia, los yerros previstos en el artículo 3 de la Ley de Casación y que fueron admitidos a trámite en el auto de 20 de noviembre de 2018, son las causales y vicios que se detallan a continuación:

a.- Causal primera, por errónea interpretación del artículo 217, numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales.

b.- Causal segunda, por falta de aplicación de las normas procesales contenidas en los artículos 421 y 966 del Código de Procedimiento Civil, que han provocado indefensión.

c.- Causal tercera, por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 117, 948, 966 y 968 del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a la no aplicación del artículo 130.2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

d.- Causal quinta, por falta de motivación y por ser incompatible.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Validez procesal.- En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver. - El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 26 de enero de 2018 por el Tribunal de instancia adolece de los yerros acusados por el recurrente y que fueron admitidos a trámite por el Conjuez. De comprobarse dichos errores de derecho se declarará la nulidad de la sentencia recurrida, o se emitirá la sentencia de mérito que corresponda, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación

III.- ANÁLISIS

3.1.- Con cargo a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes aducen nulidad del procedimiento administrativo al haberse provocado la indefensión de los coactivados. Al fundamentar el recurso por este vicio los recurrentes manifiestan: *"En efecto, como fundamentos de hecho en el numeral 4.8 de nuestro libelo de demanda, -lo cual luego fue probado (fojas 84 a 98) y el mismo tribunal de instancia lo reconoce, conforme consta de las copias certificadas del proceso coactivo No. 009-JCCACPET-2015, seguido en nuestra contra por la CACPET en LIQUIDACIÓN-, indicamos que con fecha 10 de diciembre de 2015, a las 8:30, el señor Dr. CELSO DARWIN VILLEGAS ESPIN, en su calidad de Liquidador de la CACPET., y como "Juez de Coactivas" de dicha institución, ha resuelto iniciar en nuestra contra el procedimiento coactivo, dictándose medidas cautelares y que dimitamos bienes equivalentes a USD. 2´000.000,oo, apercibiéndonos de que de no hacerlo, se procederá al embargo de nuestros bienes. Señores Magistrados, con dicho auto de pago no hemos sido legal y debidamente citados y notificados, conforme lo señala el Art. 421 del Código de Procedimiento Civil, lo que nos deja en indefensión, por ello se citó la sentencia constitucional 233-15-SEP-CC, por lo que se alegó que existe violación del procedimiento coactivo iniciado en nuestra contra. Porque precisamente, nunca fuimos citados ni notificados con el inicio de este malhadado juicio coactivo No. 009-JCCACPET-2015, por parte del Juez de Coactivas de la CACPET LTDA., EN LIQUIDACIÓN, lo cual genera indefensión, garantizado tanto por la norma suprema, como por la ley, la doctrina y la jurisprudencia."*

Cabe recordar que la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, en la que se fundamenta este recurso, dispone que el recurso de casación podrá fundarse en: "*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*". De la norma transcrita se colige que la causal segunda procede únicamente cuando el casacionista alegue violación de normas procesales en

la sustanciación del proceso judicial; y, en tal virtud, dicha causal no puede aplicarse al procedimiento administrativo. En efecto, el casacionista debe demostrar en su fundamentación que los vicios de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales provocaron la nulidad insanable del proceso judicial, y que tal nulidad no haya sido subsanada previamente en la propia fase judicial. En el recurso *sub examine*, el casacionista fundamenta su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, mas sin embargo no realiza ejercicio argumentativo alguno referente a violaciones de normas procesales en que se haya incurrido en la tramitación del proceso judicial o en la expedición de la sentencia recurrida; en lugar de ello, el recurrente se ha remitido a determinadas circunstancias y hechos sucedidos en la tramitación del expediente administrativo (notificación de medidas cautelares en el procedimiento administrativo de ejecución coactiva), aspecto éste que no podía ni debía invocarse al amparo de la causal que sirvió de fundamento para el recurso, evidenciándose de esta manera que el recurso por esta causal no ha sido fundamentado, motivo por el cual se lo de desecha por este extremo.

Independientemente de lo antes mencionado y a manera de "*obiter dicta*" es preciso señalar que en la sustanciación del procedimiento coactivo los hoy casacionistas han comparecido oficialmente y por escrito, han ejercido plenamente su derecho a la defensa, propusieron las excepciones de que se creían asistidos y aportaron las pruebas que estimaron pertinentes para demostrar sus afirmaciones; y, de igual manera, en la fase judicial no ha existido obstrucción alguna al debido proceso.

3.2.- Con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación los recurrentes acusan a la sentencia recurrida de no contener los requisitos exigidos en la ley, adoptándose una decisión incompatible al no existir una conexión entre los elementos fácticos y jurídicos, entre el *obiter dicta*, la *ratio decidendi* y la decisión adoptada. Al fundamentar el recurso por esta causal los casacionistas manifiestan: "… *el Tribunal inferior, en su fallo dictado el 26 de enero de 2018, a las 16:17, no cumple los estándares constitucionales antes expuestos, así, dicho fallo no es coherente entre sus premisas, las disposiciones aplicadas al caso concreto y la conclusión. Así en el considerando PRIMERO, que se refiere a la jurisdicción y competencia –se entiende de los juzgadores que conocen la causa-, se fundamentan en: ´… (…) artículo 146 de la Ley Orgánica de Economía Popular y solidaria que concede jurisdicción coactiva a la Superintendencia de la Economía Popular y solidaria…´ En efecto dicha norma legal señala: ´Art. 146.- Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.- El control de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario estará a cargo de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que se crea como organismo técnico, con jurisdicción nacional, personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera y con jurisdicción coactiva. La Superintendencia tendrá la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.´ Pero en el caso en examen, señores Jueces Nacionales, no es dicha Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, la que está juzgando esta controversia, para que se funden y apliquen (sic) esta norma legal. Lo cual deviene en incongruente, impropia e inadecuada*". Adviértase que inicialmente los recurrentes aducen que la sentencia es "incompatible" (que es uno de los vicios previstos en la causal quinta alegada por los recurrentes), pero al fundamentar el recurso los casacionistas aducen que la sentencia es "incongruente", vicio éste que solamente puede ser invocado al amparo de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir, en una causal distinta a la alegada por los recurrentes.

Más adelante los recurrentes manifiestan: *"En el considerando ´TERCERO´, del fallo impugnado, los juzgadores señalan que: ´Los actores comparecen a ejercer su acción por sus propios derechos; y la dirigen en contra del Juez de Coactivas y Liquidador de CACPET Darwin Villegas, quien acredita su calidad mediante los documentos que adjuntó a su escrito de contestación, quien fue subrogado por la Juez de Coactivas y Liquidadora Concepción Rodríguez; quien justificó su calidad mediante los documentos adjuntados a su escrito de 16 de agosto de 2016 por el cual ratificó lo actuado por el abogado Andrés Marín Medina en la diligencia de visura del proceso de escrituras públicas de la Notaría Cuarta de Ambato y le designó como su defensor.´ Sin considerar a la Ing. CARINA TAPIA TERAN, quien funge de actual Jueza de Coactivas de la CACPET LTDA., EN LIQUIDACION, conforme así obra de autos de fecha 01 de junio del 2017, a las 12.47, quien comparece inclusive señalando nuevos casillero judicial, correo electrónico y designa a su nuevo Abogado Defensor, el*

Dr. GUSTAVO LOPEZ NUÑEZ. Demostrando con esto los juzgadores, primero que la prenombrada Ing. CARINA TAPIA TERÁN ***no es parte procesal,*** *y luego, falta de diligencia y probidad en el actuar del tribunal inferior, pese al tiempo transcurrido para dictarla (más de nueves meses). E.2.4.- En el considerando ´SÉPTIMO´, el tribunal de instancia inferior, se limitó a referirse a la legitimación pasiva, indicando que queda claro para ellos la existencia de legítimo contradictor; cuando como se dejó indicado en el considerando ´TERCERO´, NO consideran a la actual liquidadora y jueza de coactivas de la CACPET en Liquidación, Ing. CARINA TAPIA TERAN, como parte procesal. Que (sic) sucedió con la motivación de la falta de legitimación pasiva, alegada por los actores? Nada se dice en el fallo".* Respecto a los argumentos antes transcritos es necesario recordar que el vicio acusado por los recurrentes es el de incompatibilidad con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; mas sin embargo, al fundamentar el recurso los casacionistas se han referido a asuntos netamente procedimentales, como es aquel de determinar cuáles son las partes procesales, aspecto éste que solamente podía ser invocado al amparo de la causal segunda.

Continúan los casacionistas fundamentando su recurso de la siguiente manera: "… *en el considerando ´OCTAVO´, del fallo materia de casación, los operadores de primer nivel, se limitan a exponer que por el hecho de haberse ´reproducido´ el pagaré: ´En consecuencia el Tribunal concluye que si la característica del pagaré es la de ser una promesa incondicional de pagar una suma determinada,* ***dicha característica aparece claramente consignada en el título de crédito que dio origen al juicio coactivo*** *que antecede a este juicio de excepciones…´ Desconociendo el alcance y contenido de la falsedad ideológica o histórica de documentos públicos y privados y que fue materia de este pleito. Como se deja indicado, existe falsedad ideológica cuando nos encontramos con un documento cuya forma es verdadera (como en la especie lo es el pagaré), como lo son también sus otorgantes, pero contiene declaraciones falsas, sobre hechos a cuya prueba está destinado: se hacen aparecer en él como verdaderos -o reales- hechos que no han ocurrido, como lo sostiene SEBASTIAN SOLER. El documento no es falso en las condiciones de su existencia, sino que son falsas las ideas que en él se quiere afirmar como verdaderas, como lo sostiene FLAVIO SANCHEZ LOPEZ. O como nos enseña el maestro ERNESTO ALBAN GOMEZ, al decir que la Falsedad ideológica es la que se produce en el contenido del documento que contiene declaraciones, datos o hechos falsos. En este caso no se atenta contra la autenticidad, porque el documento ha sido emitido por quien tiene facultad para hacerlo, sino contra su veracidad. En nuestro caso, el documento ideológicamente falso (pagaré, asientos contables y el auto de pago), utilizados por el Dr. CELSO DARWIN VILLEGAS ESPIN, en su calidad de Liquidador de la CACPET., y como Juez de Coactivas de dicha institución, se aprovechó de esa autenticidad del pagaré a la orden, se inventa una obligación inexistente, para mentir, para hacer que contenga declaraciones falsas, es decir, no verdaderas, como lo sostienen los peritos contable y criminalístico, como queda indicado a lo largo de este escrito de fundamentación. E.2.6.- En el considerando ´NOVENO´, según aquellos juzgadores entran a analizar ´los cargos de falsedad´, para lo que transcriben el acta de compromiso que consta a fs. 80 y se refieren a la escritura de resciliación celebrada entre MAURICIO SALINAS y la CACPET Ltda., concluyendo que ´Sin embargo no obra de esta práctica probatoria, ninguna demostración del cumplimiento del literal C.- del acta de compromiso de 8 de mayo de 2015´. Sin motivar ni realizar ninguna valoración o concepción sobre el asunto que se debate. Como queda indicado en las causales primera y tercera de este recurso extraordinario de casación, y en virtud de las cuales se justifica la existencia de falsedad ideológica del pagaré y los documentos anexos al juicio coactivo, con la prueba documental y pericial tanto contable como criminológica. Así mismo, arriban a la conclusión de que: ´…concluyéndose que la maquinaria prendada a favor de la CACPET por el Ing. Mauricio Salinas,* ***no cambió de propietario a favor de la parte actora, sin poder determinar,*** *por falta de prueba, cuál fue el motivo de este incumplimiento…´ Lo cual no se ajusta a la realidad procesal, pues si se probó con la pericia del Abg. JUAN CARLOS GUERRERO, que: ´…el departamento legal de la CACPET LTDA., NO DIO CUMPLIMIENTO A LO SEÑALADO EN EL ACTA DE COMPROMISO, celebrada el 08 de mayo del 2015, entre la Ing. ROSITA TELLO HURTADO (Gerente de la CACPET LTDA.), el Ing. MAURICIO SALINAS (deudor prendario)…´. Por otro lado, en el número 14 del informe contable (fs. 263), el perito concluye que respecto al Acta N°9 del 27 de abril del 2015, ´****De igual forma en oficio N.- CACPET-LIQ-2016-130, en el numeral 8 ratifica que no se cumplió con todo el proceso determinado por el Consejo de***

Administración.´ *E.2.7.- En cuanto al numeral ´DECIMO´, que trata sobre la provisión de fondos (cuyos fundamentos consta de este escrito en la causal Primera, acápite E.4.4), evidenciándose que la demandada no disponía de fondos suficientes y disponibles para otorgarnos el supuesto crédito. Pues, el perito contable a fs. 262, concluyó que la demandada, en el día que se dice nos entregó el crédito: ´…mediante estas cuentas* ***el disponible ERA INSUFICIENTE para el desembolso*** *del crédito.´ Y pese a ello, los neófitos jueces dicen que los actores hemos pretendido ´inducir a engaño y error al juzgador´, y que hemos actuado con ´astucia´, lo cual les ha causado una situación que desconcierta. Por lo mismo, este argumento de parte de los juzgadores inferiores, adolece de falta de motivación constitucional y legal, lo que deberá ser enmendado por la Sala Especializada…".*
Lo antes transcrito evidencia que nuevamente los recurrentes han insertado en su fundamentación aspectos que solamente podían ser invocados al amparo de otra causal, distinta a la quinta que está siendo analizada. En lugar de demostrar la incompatibilidad de la sentencia recurrida, que es lo que correspondía al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, los casacionistas se han referido más bien a aspectos de índole probatoria, a valoración de peritajes y demás pruebas; aspectos éstos que solamente podían ser invocados al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.
En otra parte de la fundamentación del recurso los casacionistas manifiestan: "… *en la especie existe error de inconsonancia o incongruencia del fallo, lo cual resulta manifiesto al comparar la parte resolutiva de la sentencia con los asuntos materia de la litis establecidos (…) En el caso en examen, señores Magistrados, por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, no se aplicó la norma del Art. 274 del Código de Procedimiento Civil el cual dispone que: ´En las sentencias y en los autos* ***se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundamentándose en la ley y en los méritos del proceso;*** *a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.´ Tal falta u omisión se produjo en el caso en examen, por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, porque en la sentencia no se resolvió sobre la excepción de falsedad ideológica tanto del título de crédito sustento del proceso coactivo (pagaré a la orden N° (sic) N°01022000336), como de los documentos aparejados a él, acusación que implica el vicio de ´mínima petita´, cuando no se han resuelto todos los aspectos que fueron materia de la Litis".* Adviértase que los recurrentes de manera expresa se han remitido al vicio de "*mínima petita*", aduciendo que el fallo recurrido ha dejado de resolver uno de los asuntos controvertidos, lo cual constituye un reconocimiento expreso de los recurrentes de que el vicio acusado se encuentra previsto en otra causal, distinta a la que sirvió de fundamento para la causal analizada. En efecto, al plantear el recurso los casacionistas acusan a la sentencia del vicio previsto en la causal quinta, pero al fundamentarlo se remiten a la causal cuarta. Sobre el particular el tratadista Santiago Andrade Ubidia ha señalado lo siguiente: *"Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación. Así se ha resuelto*" (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282).
En virtud del principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al ser el mismo formal y estricto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir el error detectado al momento de formular el recurso, sino que debe rechazarlo por este extremo, por indebida fundamentado.
3.3.- Con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación los casacionistas acusan a la sentencia recurrida del vicio de errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 117, 948, 966 y 968 del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a la no aplicación del artículo 130.2 del Código Orgánico de la Función Judicial.
Las normas que a criterio de los casacionistas han sido violadas en la sentencia recurrida, disponen lo siguiente: "***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. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas"; "****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"; "**Art. 948**.- Para que se ejerza la coactiva, es necesario que la deuda sea líquida, determinada y de plazo vencido, cuando lo hubiere"; "**Art. 966**.- Son solemnidades sustanciales en este procedimiento: … 4. Que la obligación sea líquida, determinada y de plazo vencido"; "**Art. 968**.- Serán admisibles las excepciones que se deduzcan en juicio coactivo*".

Al fundamentar el recurso por esta causal y vicio los recurrentes manifiestan: "*En la especie, el tribunal inferior, al valorar nuestra prueba interpreta erróneamente las normas procesales invocadas, en la parte que dice que la prueba deberá ser apreciada en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Señores Magistrados, se practicó dentro del presente juicio de excepciones, la experticia **pericial contable** (fs. 260 a 263), por parte del perito Dr. DIEGO ANTONIO VILEMA ARIAS, quien en los números 1, 2 y 3 de su informe concluye que la situación financiera y contable de la CACPET LTDA., en liquidación, en el mes de junio de 2015, como ´ACTIVO´ tenía como **´FONDOS DISPONIBLES 93,127.84… por lo cual mediante estas cuentas el disponible ERA INSUFICIENTE PARA EL DESEMBOLSO DEL CRÉDITO´.** Por lo tanto, señores Jueces, la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua CACPET Ltda., (hoy en liquidación), a la fecha en la que se dice se nos ha entregado USD 1´450.500,oo, valor constante en el pagaré N° 01022000336 de fecha 05 de junio del 2015, **NO DISPONIA DE FONDOS LIQUIDOS, SUFICIENTES Y DISPONIBLES, como concluye el perito.** Por lo mismo, no puede haber obligación líquida, determinada y de plazo vencido, como exige el Art. 966.4 y 948 del Código de Procedimiento Civil, si la demandada no disponía de dinero para otorgarnos el supuesto crédito. Lo cual no fue analizado por los jueces inferiores. Y al no haber dado valor alguno a estas pruebas, aquello conlleva a la violación por equivocada aplicación de la norma de derecho material. Los juzgadores de instancia, tenían la obligación de expresar en su resolución la **valoración de todas las pruebas producidas en el juicio de excepciones a la coactiva,** y no lo hicieron. Por lo mismo, la prueba no fue apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Se dice por parte de la CACPET LTDA., en Liquidación, que a la señora MARÍA LEBÉN (sic) VEGA, le ha realizado una ´transferencia de ahorros´ por el valor de USD 1´450.500,oo a favor del señor MAURICIO DE JESUS SALINAS LEMUS, sin embargo, el perito DIEGO VILEMA, en su experticia en los números 8, 9 y 10 concluye que: **´De acuerdo al documento #Documento: 0530005108, el mismo está emitido por la CACPET LTDA., en Liquidación,** en la cual consta Realizado por: ENDARA CEVALLOS FABIOLA CONSUELO, con su respectiva FIRMA y **en cuanto al autorizado por: VEGA BRITO MARIA BELEN C.I. 1803130937 #CII:12529 NO EXISTE FIRMA alguna´.** Se evidencia señores Magistrados, que no existe aceptación o autorización de los suscritos Dr. IVAN GARZON VILLACRES y MARIA BELEN VEGA BRITO, para la transferencia entre cuentas desde la cuenta N° 12529, realizada el 05 de junio de 2015. Lo cual es corroborado en el numeral 10 de su informe, en el que el perito indica que **´no consta firma de autorización´, para dicha transferencia.** (…) Evidenciándose una obligación falsa, es decir, alterando la verdad en el pagaré. Lo que configura la falsedad ideológica de dicho título de crédito, lo cual ocurre cuando en el instrumento externamente verdadero se consignan hechos o declaraciones falsas, que recae, no sobre la materialidad, sino sobre el contenido total del acto, concierne a la verdad del contenido del documento (…) En el fallo casado, no se consideró la experticia criminalística (fs. 150 a 240 inclusive) realizado por el perito Ab. JUAN CARLOS GUERRERO ARIAS, quien en sus conclusiones señala que: **´… no existen Informes Departamentales RESPECTO A LA VIALIDAD DEL CRÉDITO correspondiente al pagaré N°01022000336, de fecha 05 de junio del 2015…´** Respecto a la maquinaria descrita en la escritura de resciliación, señala que **´…la maquinaria constante en la escritura a nombre de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET LTDA.)´**; que el dueño de la siguiente maquinaria: ´Un moto generador a diésel, de Marca MAGNAPLUS, Modelo MP-220-4, Partida No. 4313080089, año de fabricación 2008 valorado en $50.000,oo. Un RPM 1800 clase GENERADOR ELÉCTRICO SINCRÓNICO AC, de procedencia CHINA, Motor de Marca SDEC, Modelo SC11C350D, año de fabricación 2008, valorado en $50.000,oo. Una Trituradora Portátil, Marca: CEDARAPIDS, Modelo 3042, Tipo: Portable, de procedencia Estados Unidos de Norteamérica, año de fabricación 1996, con Trituradora de mandíbula, Zaranda vibradora, con sus respectivos motores, valorada en $1´200.000,oo. Una Cargadora Frontal, de Clase Cargadoras sobre Ruedas, Marca KOMATSU, Modelo WA 320-3MC, No. A31286, Tipo Prontal, de*

Procedencia Japón, Motor 45910223, año de fabricación 2000, valorada en $40.000,oo USD; Una Excavadora, marca CATERPILLAR; Modelo 320C, Serie No. MAE22475, VALORADA EN $60.000,oo USD. Un Generador de Energía de 300 a 350 KVA, partida No. 431308092, valoradaa en $50.000,oo USD´. ***ES LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE AL PEQUEÑA EMPRESA DE TUNGURAHUA (CACPET LTDA)´.*** *Por lo mismo, de la prueba actuada se infiere que el supuesto crédito* ***no fue viable****; que tampoco se nos entregó la maquinaria ofrecida en vendernos. (…) Por otro lado el perito indica que en la ´escritura pública de resciliación de contrato de compraventa y prenda industrial´, celebrada entre el Ing. MAURICIO SALINAS LEMUS y la CACPET LTDA., ´…****no constan las firmas y rúbricas de los cónyuges IVAN ARSENIO GARZON VILLACRES y MARIA BELEN VEGA BRITO´.*** *Y que el dicho documento escriturario* ***´…no consta como documento habilitante el ´ACTA No. 9 DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN´ de la CACPET Ltda., de fecha 27 de abril del 2015´.*** *Es decir, señores Magistrados, no hemos suscrito ningún contrato de compraventa y prenda industrial de la supuesta maquinaria que nos ofreció vender la misma demandada, la CACPET en Liquidación. Siendo por lo mismo los hoy recurrente (sic) víctimas al no habernos concedido ni el crédito, peor la maquinaria; y, pese a ello, se nos incoó un juicio coactivo en nuestra contra, disponiendo medidas cautelares sobre nuestros bienes (…) Finalmente, el experto en criminología, luego de revisada la documentación presentada por la demandada, concluye que: ´… el departamento legal de la CACPET LTDA., NO DIO CUMPLIMIENTO a lo señalado en el acta de compromiso, celebrada el 08 de mayo del 2015, entre la Ing. ROSITA TELLO HURTADO (Gerente de la CACPET LTDA.), el Ing. MAURICIO SALINAS (deudor prendario); y, la señora MARIA BELENN VEGA BRITO (en calidad de INTERESADA de la maquinaria), de que se ´firme la nueva escritura de prenda industrial entre la Doctora María Belén Vega Brito, por la maquinaria indicada en la escritura de resciliación y por un valor de UN MILLON CUATROCIENTOS OCHENTA MIL DOLARES AMERICANOS…´ (…) Por otro lado, señores Magistrados, los jueces inferiores infringieron lo dispuesto por el Art. 130, numeral 3 del referido Código Orgánico de la Función Judicial, que dice que es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: ´3. Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho´. Es decir, que los juzgadores de primera y única instancia, pese a que existen fallos dictados por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia y que tratan sobre el mismo tema, materia de esta controversia judicial, como son las excepciones a la coactiva por falsedad ideológica del pagaré y los asientos contables aparejados a ella, y que fueron presentados inclusive como prueba de nuestra parte (como consta en el numeral E.5.6 de este escrito; y a fs. 113 a 122 del expediente), empero no mereció análisis alguno sobre este particular. Pese a que, como se deja indicado, de las pericias contable y documentológica, se concluye que el departamento legal de la CACPET LTDA.,* ***NO DIO CUMPLIMIENTO*** *a lo señalado en el acta de compromiso celebrada el 08 de mayo del 2015. Y al no haberse cumplido la misma, esto es, no entregarnos en venta la maquinaria ofrecida, así como tampoco haber recibido dinero alguno del que nos hayamos beneficiado, no existe obligación constante en el pagaré N° 01022000336, por lo mismo se configura la falsedad ideológica de este título de crédito."*

Respecto a la importancia de la valoración de la prueba, el profesor Luis Cueva Carrión (La Casación en Materia Civil, Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda., Quito,1993, tomo I, página 165) señala: "*Esta causal se refiere a las incorrecciones, defectos e injusticias que el juez puede cometer al actuar en la parte decisiva y delicada del proceso, al pronunciar la sentencia, y, en forma específica, al momento en que el juez debe valorar la prueba, puesto que, en torno a dicho acto, gira la resolución final que adopta el juez. La valoración de la prueba constituye el requisito sine qua non de la sentencia o auto que pronuncia el juez para concluir el proceso; es la antesala del acto final potestativo del juzgador; por lo tanto, entre la valoración de la prueba y la resolución, hay una relación de dependencia de la valoración hacia la resolución, por lo que este acto debe ser realizado con especial responsabilidad y con conocimientos técnico jurídicos de muy elevados quilates*". El mismo al autor, al referirse al recurso de casación en materia de valoración de la prueba manifiesta: "*Además, por estas mismas razones, la Ley protege a este acto de carácter axiológico al propiciar la interposición del recurso de casación si el mismo no hubiere sido realizado en la forma y bajo las condiciones establecidas por el Código de Procedimiento Civil. En síntesis, esta causal de casación*

protege a las partes de cualquier arbitrariedad que el juez pudiere cometer en el momento mismo de la valoración de la prueba…". En la página 180 op. cit., respecto de las condiciones legales para la existencia plena de la causal tercera de casación, el referido autor nos dice: "*Al igual que las causales anteriores esta también se encuentra condicionada por el juez en la forma siguiente: la violación de las normas que regulan la valoración de la prueba no constituye por sí sola causal de casación sino, solamente, si hubiera conducido al juez a aplicar equivocadamente o a la no aplicación de las normas de derecho, tanto en la sentencia como en el auto. Si el error o la injusticia se sujetan a estas condiciones procede el recurso de casación, de lo contrario, no (…) El juez tiene la obligación de explicar la forma y los medios que utilizó para la valoración de las pruebas, pero solamente de aquellas que le sirvieron, en forma decisiva, para adoptar la resolución final; por lo tanto, debemos exigirle al juez que nos explique en forma satisfactoria el método que utilizó para la valoración de la prueba y allí tendremos la oportunidad de conocer, a ciencia cierta, si aplicó en forma equivocada las normas que rigen la valoración de la prueba o las dejó de aplicar; si una de estas dos condiciones se dan, la ley nos franquea el camino para proponer el recurso de casación*". Corresponde entonces a esta Sala Especializada verificar si el vicio acusado por los casacionistas está o no presente en el fallo recurrido, y al respecto se constata que en el considerando décimo el Tribunal de instancia determinó lo siguiente: "… *De las constancias procesales señaladas el Tribunal concluye que por parte de la CACPET LTDA., no hubo provisión de fondos a favor de los actores toda vez que la operación de crédito provenía del acta de compromiso de 8 de mayo de 2015 (negocio subyacente) practicada como prueba por la parte actora; sin embargo de aquello y a sabiendas de que firmaron un pagaré a la orden por el negocio subyacente que ya se ha señalado, los actores pretendieron inducir a engaño y error al Juzgador, pues hábilmente señalaron en su demanda lo siguiente: ´… 4.5. Por lo tanto, si no se ha entregado dinero alguno a los coactivados…´ ´Asimismo, la CACPET Ltda., no ha justificado la provisión de fondos de la supuesta deuda reclamada, ni que los fondos hayan sido desembolsados a nuestro favor.´ Esta situación verdaderamente desconcierta al Tribunal por la astucia de los actores*". Más adelante, en el considerando décimo primero de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia señala: "… *En la especie el Tribunal estima que el pagaré a la orden (título valor) está revestido de autenticidad porque deviene de una acta de compromiso de 8 de mayo de 2015, en la que constan obligaciones verdaderas a las cuales se comprometieron los suscribientes, que están en principio llamadas a cumplirse, el hecho de haber inobservancias de parte y parte no constituyen elementos esenciales para enervar la autenticidad del título (pagaré a la orden), porque el negocio subyacente no ha sido declarado por ninguna autoridad competente como falso, imaginario y/o ilícito, y además de que dichas omisiones las cuales el Tribunal estima fueron de buena fe, por no haber prueba en contrario en este proceso, no provocan una sustancial variación de los efectos jurídicos que produce en esencia el pagaré a la orden, diferentes a los del acta de compromiso, por su naturaleza…*". Con lo transcrito queda evidenciado que el Tribunal de instancia, en el considerando décimo, ha reconocido expresamente que nunca hubo el desembolso de fondos de la institución prestataria a favor de los hoy recurrentes; mas sin embargo, en el considerando décimo primero el Tribunal de instancia dispone el pago del valor constante en el pagaré, por el solo hecho de que éste reúne los requisitos formales. Dentro de este contexto es necesario recordar que la valoración de la prueba en su conjunto tiene como propósito formar la convicción del órgano juzgador respecto de la existencia de los hechos alegados y sus circunstancias, así como también de la participación de las personas vinculadas al proceso y sus responsabilidades, derechos u obligaciones, de tal manera que el juez debe pronunciarse de forma expresa sobre las pruebas en su conjunto, relacionándolas entre sí, cotejando las pruebas de cargo con las pruebas de descargo, para en base a ello obtener una conclusión lógica. El precepto en virtud del cual el juzgador está en la obligación de valorar la prueba en su conjunto no es un mero formalismo, sino que es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad. En el caso materia de análisis, el Tribunal de instancia ha omitido explicar las razones por las cuales ha decidido otorgar ningún valor probatorio a los documentos y peritajes que demuestran que las condiciones previas establecidas por las propias partes para la concesión del préstamo, jamás fueron cumplidas, con lo cual en la sentencia recurrida se ha omitido considerar que aquel incumplimiento producía necesariamente cambios significativos en las obligaciones de las partes que inicialmente se habían establecido en el negocio subyacante; es decir, se omitió valorar los efectos jurídicos del incumplimiento.

Al haber omitido valorar los peritajes en su conjunto, relacionándolos con el Acta de Compromiso, el Tribunal llega a una conclusión ilógica y absurda, al señalar en su sentencia lo siguiente: "… *el Tribunal estima que el pagaré a la orden (título valor) está revestido de autenticidad porque deviene de una acta de compromiso de 8 de mayo de 2015, en la que constan obligaciones verdaderas a las cuales se comprometieron los suscribientes, que están en principio llamadas a cumplirse, el hecho de haber inobservancias de parte y parte no constituyen elementos esenciales para enervar la autenticidad del título (pagaré a la orden*)…". Adviértase que en la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha decidido que los incumplimientos en que incurrieron las partes en el negocio subyacente (y que fueron debidamente probados por los accionantes), son insuficientes para enervar la autenticidad del Pagaré. Pero la sentencia recurrida va aún más allá, al entrar a calificar a los incumplimientos de CACPET LTDA. y de los hoy recurrentes, como incumplimientos de buena fé, que no alteraban los efectos jurídicos del negocio, al determinar expresamente lo siguiente: "… *además de que dichas omisiones las cuales el Tribunal estima fueron de buena fe, por no haber prueba en contrario en este proceso, no provocan una sustancial variación de los efectos jurídicos que produce en esencia el pagaré a la orden*…". Sin duda esta absurda conclusión a la que llega el Tribunal de instancia se debe a que omitió su deber de valorar la prueba en su conjunto, pues de hecho ha omitido considerar la prueba pericial que evidencia que las estipulaciones contenidas en el Acta de Compromiso de 08 de mayo de 2015 nunca fueron cumplidas por parte de las partes que suscribieron dicha acta, específicamente la obligación de elaborar y suscribir la nueva escritura de prenda industrial entre dicha institución financiera y la doctora María Belén Vega Brito. Tampoco se ha considerado en la sentencia recurrida el informe pericial contable según el cual CACPET Ltda. en liquidación, en su cuenta de fondos disponibles al mes de junio de 2015, no tenía fondos suficientes para el desembolso del crédito. Sin duda, al haberse dictado una sentencia sin considerar estos hechos probados, entre otros de vital importancia, conlleva una violación del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial que obliga a los jueces a resolver todo proceso en base de las pruebas pedidas por las partes.

En este punto es necesario recordar que el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si tal violación ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia. La apreciación de la prueba sólo revisable en casación cuando se alegue violación de las leyes que rigen la prueba, o cuando esa valoración sea absurda por evidente inobservancia a las reglas de la lógica. Importante resulta citar a la Resolución No. 61-2000 expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 307 de 17 de abril de 2000, que señala: "*...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia,* ***a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria***." (Lo resaltado nos corresponde). Según el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, el juez debe valorar todas las pruebas en virtud de las reglas de la sana crítica; sin embargo, la sana crítica no implica que el juez pueda realizar una valoración absurda o arbitraria de la prueba. En tal virtud, existe violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba cuando el juzgador realiza una valoración arbitraria y absurda de la prueba, contrariando la lógica y la racionalidad, conforme lo ha determinado la jurisprudencia. En el presente caso, la valoración absurda de la prueba se presenta el momento en que el Tribunal de instancia omitió otorgar valor probatorio alguno a los documentos y peritajes que evidencian el incumplimiento en que incurrieron las partes, y se consuma al calificar a dichos incumplimientos como intrascendentes, para concluir de forma ilógica que el Pagaré debe ser cancelado por el solo hecho de reunir los requisitos formales para su emisión.

Era obligación del Tribunal de instancia aplicar el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que obliga al juzgador a valorar la prueba en su conjunto, situación que en el presente caso no sucedió, lo que ocasionó la violación de la norma que obliga a los jueces a resolver todo proceso en base de las pruebas debidamente actuadas por las partes procesales, vicio éste que incidió

de manera trascendental en la parte resolutiva de la sentencia. La referida violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, sin duda condujo a la no aplicación del artículo 130.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma ésta que obliga a los juzgadores a velar por la eficiente aplicación de los principios procesales, tal como lo adujeron los casacionistas al formular este recurso, motivos por los cuales se acepta el recurso por este extremo.

3.4.- Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación los casacionistas acusan a la sentencia recurrida del vicio de errónea interpretación del numeral 10 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al fundamentar el recurso por esta causal y vicio los recurrentes manifiestan: "… *Por lo mismo, aquellos operadores de justicia (el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato), son competentes para conocer y juzgar, es decir, les compete a ellos declarar la falsedad ideológica (como otrora lo hacía la vía civil, antes de los reforma al Código Orgánico de la Función Judicial). En efecto, el numeral 10 del Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, prevé: ´ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo: (…) 10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías. ´ No como sostienen los jueces de dicho tribunal inferior, que debe discernirse en el ámbito penal por medio del ´Ministerio Público´, institución ésta que, de acuerdo a la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, ya ni siquiera existe. Por lo mismo, dichos jueces del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, interpretaron erróneamente las normas de derecho contenidas en el inciso final del artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, esto es la falsificación de documentos con que se apareja a la coactiva. Pero a su criterio se trataría de una causa de prejudicialidad. Lo cual tampoco ha sido aclarado, como se solicitó oportunamente*."

Las normas que el casacionista considera erróneamente interpretadas disponen lo siguiente: a) Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 217.- "*Corresponde a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo: (…) 10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías*"; b) Código de Procedimiento Civil vigente a la época, artículo 968.- "*Serán admisibles las excepciones que se deduzcan en juicio coactivo. La consignación no significa pago. Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aún en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción*".

Por su parte, la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación en la que se fundamenta este recurso establece como causal de casación la siguiente: "*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 norma trascrita establece con claridad que al amparo de la causal primera solamente se pueden invocar violaciones a normas de derecho sustantivo; esto es, aquella norma material consagratoria de un derecho, que delimita el marco sobre el cual se desarrolla el sistema concerniente a la seguridad y certeza jurídica de los sujetos a quienes se dirige. Por el contrario, el Derecho adjetivo es el mecanismo procedimental que permite hacer valer ese derecho o darle efectividad a esa relación, y está constituido por aquellas normas procedimentales que regulan la forma y manera del ejercicio de la actividad judicial del Estado.

En el presente caso el casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que solamente se refiere a violaciones de normas sustantivas de derecho; mas sin embargo, al momento de fundamentar el recurso el casacionista se ha remitido a normas de carácter estrictamente procedimental (adjetivo), ya que aduce errónea interpretación de aquella norma que establece la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer los juicios de excepciones a la coactiva, y de aquella norma vigente a la época que regulaba la consignación y su monto. Hay que advertir que las regulaciones sobre la competencia y sobre la consignación no son temas *in iudicando*, sino que por el contrario, son temas *in procedendo*, ya que se refieren a la manera en que se debe ejercer la actividad judicial en el caso de excepciones a la coactiva, evidenciándose

de esta manera que, al momento de formular el recurso, el casacionista ha encuadrado su argumentación en una causal distinta a la que correspondía, lo que deviene en un recurso indebidamente fundamentado, motivo por el cual se lo desecha por este extremo.

Pese a la improcedencia del cargo formulado, este Tribunal de casación considera necesario señalar que el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial establece las competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, en cuyo numeral 10 prevé de manera expresa la de conocer las demandas de excepciones a la coactiva. No existe en la legislación ecuatoriana norma alguna que haya previsto algún tipo de prejudicialidad como requisito previo para interponer dicha acción.

3.5.- Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación los casacionistas acusan a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

En el acápite E.4.8 del escrito contentivo del recurso de casación, los recurrentes citan las siguientes sentencias emitidas por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia: No. 102-2010 (Expediente 102) y 141-2009 (Expediente 576). Adicionalmente los casacionistas citan 2 sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

Al respecto es necesario señalar que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que es alegada por los recurrentes se refiere, entre otros, a los "*precedentes jurisprudenciales obligatorios*"; esto es, aquellos que han sido aprobados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicados en el Registro Oficial, luego de que se hayan cumplido con los presupuestos y procedimientos previstos en los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mas sin embargo, en el presente recurso los casacionistas citan 4 sentencias emitidas por determinadas salas de la Corte Nacional de Justicia que de ninguna manera pueden ser consideradas como precedentes jurisprudenciales obligatorios, como lo exige la causal invocada por los casacionistas, por lo que se rechaza el recurso por este extremo.

IV.- SENTENCIA DE MÉRITO

Conforme lo determinado en esta sentencia en su numerales 3.3, el fallo recurrido debe ser casado al haber incurrido en uno de los vicios acusados por los casacionistas; y, en aplicación del inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, para emitir la sentencia de mérito se considera:

A fojas 34 del proceso consta la solicitud de crédito presentada por los cónyuges recurrentes ante la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua, por un monto de USD $ 1´454.500,oo, a 15 años plazo con una tasa anual del 8,21% y con el destino de invertirlos en la explotación de una cantera. Como garantía real de esa operación crediticia, los solicitantes ofrecieron la hipoteca abierta de maquinaria por un valor de USD $ 1´344.000,00. A fojas 39 consta el pagaré No. 01022000336 de 5 de junio de 2015, por el valor de USD $ 1´454.500,00, suscrito por María Belén Vega Brito como deudora y Iván Arsenio Garzón Villacrés como codeudor, en el que consta que dicha suma han recibido los recurrentes *"… en préstamo, a nuestra entera satisfacción y sin lugar a reclamo alguno."* A fojas 80, consta el Acta de Compromiso suscrita el 8 de mayo de 2015 entre la señora Rosita Tello Hurtado, Gerente de la Cooperativa CACPET Ltda., por una parte, y por otra, el señor Mauricio Salinas, en calidad de deudor de la Cooperativa CACPET Ltda. y la doctora María Belén Vega Brito, en calidad de nueva deudora y beneficiaria, de la que aparecen varios acuerdos al que llegaron las partes y que son los siguientes: 1) El ingeniero Mauricio Salinas solicitó un préstamo a la Cooperativa CACPET Ltda., por un valor de USD 1´480.000, firmando para el efecto un pagaré por el valor indicado; préstamo que sirvió para la compra de maquinaria que se encuentra prendada a favor de la Cooperativa CACPET Ltda., según consta de la escritura pública otorgada el 31 de julio de 2014 ante la Notaria Cuarta del cantón Ambato, Abg. María Piedad Martínez, e inscrita en el Registro Mercantil el 15 de septiembre de 2014. 2) La doctora María Belén Vega Brito se encuentra interesada en adquirir todas y cada una de la maquinaria constantes en la escritura antes señalada y que tiene como acreedor prendario a la Cooperativa CACPET Ltda. Manifiesta la doctora Vega Brito que asume en todas sus partes la obligación ejecutiva que tiene el ingeniero Mauricio Salinas con la Cooperativa CACPET Ltda., y solicita al representante legal de la Cooperativa CACPET Ltda, la factibilidad de *"adquirir"* (sic) la obligación indicada, previo análisis y aprobación de la Cooperativa CACPET Ltda. 3) Con el fin de extinguir la obligación que tiene el ingeniero

Mauricio Salinas con la Cooperativa CACPET Ltda., le solicitan al representante legal de la misma, lo siguiente: a) Que la doctora María Belén Vega Brito sea aceptada como deudora del préstamo que firmó el ingeniero Mauricio Salinas y la Cooperativa CACPET Ltda., por un valor de USD 1´480.000,00, quedando como garantía, la misma maquinaria que consta en la escritura pública otorgada el 31 de julio de 2014 ante la Notaria Cuarta del cantón Ambato, Abg. María Piedad Martínez, indicando que desde la firma del convenio, la doctora María Belén Vega Brito se hace cargo de la totalidad de la obligación; b) Que para que el Acta de Compromiso surta efecto legal, la Cooperativa CACPET Ltda., a través de su representante legal, ordenará a su departamento legal, realizar la resciliación de la prenda industrial a favor de la Cooperativa CACPET Ltda., y se levantará la inscripción de la prenda industrial en el Registro Mercantil; una vez realizado este acto jurídico; c) Que con el fin de garantizar los derechos y obligaciones de la Cooperativa CACPET Ltda., la representante legal ordenará a su departamento legal, que se firme la nueva escritura de prenda industrial a favor de la Cooperativa, entre la doctora María Belén Vega Brito y la Cooperativa CACPET Ltda., por un valor de USD 1´480.000,00, descontando las cuotas ya canceladas por el ingeniero Mauricio Salinas. A fojas 150 y siguientes, consta el informe pericial del experto documentólogo abogado Juan Carlos Guerrero Arias, cuyo objeto es determinar, fundamentalmente, lo siguiente: la existencia de los informes de viabilidad de crédito con respecto al pagaré firmado por los actores (al respecto, el informe dice que no existen los informes departamentales respecto a la viabilidad del crédito, sino un análisis de riesgo consumo y vivienda del estado económico del cliente); la existencia de las actas de los comités o asambleas que autorizan la resciliación del contrato firmado con el ingeniero Mauricio Salinas y la firma del nuevo contrato de prenda industrial con los cónyuges Iván Arsenio Garzón Villacrés y María Belén Vega Brito, por un monto de USD $ 1´454.500,00 (el informe dice que no existen dichas actas); la existencia de la inscripción en el Registro Mercantil del cantón Ambato de la escritura de resciliación del contrato de compraventa y prenda industrial de maquinaria, celebrado entre el ingeniero Mauricio de Jesús Salinas Lemus y se cónyuge, con la Gerente de la Cooperativa CACPET Ltda., de 11 de mayo de 2015, ante la Notaria Cuarta del cantón Ambato (el informe dice que existe dicha inscripción y añade que: *"… la maquinaria constante en la escritura a nombre de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET Ltda)*"; determinar quién es el propietario de la maquinaria que consta en la escritura pública de 11 de mayo de 2015 (el informe dice que *"..según la escritura de Resciliación de Contrato de Compra y Prenda Industrial de Maquinaria el dueño de la siguiente maquinaria es la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET LTDA.)… ";* la existencia de la escritura pública de constitución de prenda industrial sobre la maquinaria antes referida, otorgada por los cónyuges Iván Arsenio Garzón Villacrés y María Belén Vega Brito y su respectiva inscripción en el Registro Mercantil (el informe dice que *"… no existe ninguna escritura pública de constitución de prenda industrial sobre la maquinaria que se describe a continuación …"*; y constatar si el departamento legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CACPET Ltda., dio cumplimiento al Acta de Compromiso de 8 de mayo de 2015 en lo que se refiere a que *"… se firme la nueva escritura de prenda industrial de la maquinaria, entre la doctora María Belén Vega Brito, por la maquinaria indicada en la escritura de resciliación y por un valor de UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS…"*. Sobre el particular el perito señala que *"… el departamento legal de la CACPET Ltda., NO dio cumplimiento a lo señalado en el acta de compromiso celebrada el 08 de mayo del 2015, entre la Ing. ROSITA TELLO HURTADO (Gerente de la CACPET Ltda.), el Ing. Mauricio Salinas (deudor prendario); y la señora María Belén Vega Brito (en calidad de interesada de la maquinaria), de que, (sic) que se firme la nueva escritura de prenda industrial entre la doctora María Belén Vega Brito, por la maquinaria indicada en la escritura de resciliación y por un valor de UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS.")*. A fojas 260 a 263 consta el informe pericial contable, con la intervención del perito Diego Antonio Vilema Arias, quien en los numerales 1, 2 y 3 informa que la CACPET Ltda. en liquidación, en su cuenta de fondos disponibles al mes de junio de 2015, tenía un saldo de USD $ 93.127,84 dólares, por lo tanto, *"el disponible era insuficiente para el desembolso del crédito"*.

Los actores plantean la excepción de falsedad ideológica, y sobre el particular es necesario recordar que la falsedad puede ser instrumental (cuando se altera el texto del documento), o falsedad ideológica (cuando se asumen calidades o hechos que no son ciertos). En la especie, consta como hecho probado el Pagaré 01022000336 de 5 de junio de 2015, por el valor de USD $ 1´454.500,00, suscrito por María Belén Vega Brito como deudora y Iván Arsenio Garzón Villacrés como codeudor, documento éste que efectivamente reúne los requisitos formales correspondientes. Los actores aducen que los hechos que se hacen constar en ese documento no son ciertos, incurriendo así en falsedad ideológica. Queda claro entonces que la pretensión de los accionantes no se limita a aspectos de mera formalidad en la emisión del documento, sino que está encaminada a que se analice los antecedentes de la emisión de ese Pagaré; esto es, que se analice el negocio subyacente. Sobre el particular la ex Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado cuando su Sala Civil sentenció: "… *el demandado está facultado para oponer todas las excepciones contra el actor, pues la emisión del pagaré presupone normalmente la existencia de una relación fundamental entre el emitente y el tomador del título, vínculo que entre tales sujetos, constituye el título y la causa justificativa de la obligación contenida en el título valor. Esa obligación 'inter partes' no tiene relación abstracta, es decir, no es independiente de la relación subyacente o base. En esa hipótesis no podrá negarse al deudor cambiario la facultad de remitirse a la validez del nacimiento y estipulaciones que dieron vida a la obligación documentada en la letra*" (Gaceta Judicial Año XCIV. Serie XVI, No. 1, página 15).

Lo transcrito revela que la jurisprudencia de la más alta Corte de justicia ordinaria del país se ha pronunciado en el sentido de que el juzgador está facultado para analizar el negocio subyacente a fin de encontrar las circunstancias del nacimiento de la obligación.

En tal virtud, es necesario determinar las circunstancias del nacimiento de la obligación materia primigenia del juicio. Al efecto se verifica que en la sustanciación del proceso ha quedado demostrado la existencia física del Pagaré No. 01022000336 de 5 de junio de 2015, por el valor de USD $ 1´454.500,00, suscrito por María Belén Vega Brito y por Iván Arsenio Garzón Villacrés, en cuyo texto consta que la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET) ha concedido un préstamo a favor de las personas que firman dicho Pagaré. Resulta indispensable analizar el origen de la referida obligación (negocio subyacente) y para el efecto se constata que un mes antes, esto es el 08 de mayo de 2015, se ha suscrito un Acta de Compromiso entre: la Gerente de la Cooperativa CACPET Ltda., el señor Mauricio Salinas en calidad de deudor de la Cooperativa CACPET Ltda., y la doctora María Belén Vega Brito en calidad de nueva deudora y beneficiaria. En la mencionada Acta de Compromiso se menciona como antecedente que el señor Mauricio Salinas había solicitado un préstamo a la Cooperativa CACPET Ltda., por un valor de USD 1´480.000, firmando para el efecto un pagaré por el valor indicado. Este préstamo había servido para la compra de maquinaria que se encuentra prendada a favor de la Cooperativa CACPET Ltda. Por su parte la doctora María Belén Vega Brito se encontraba interesada en adquirir la antes mencionada maquinaria, por lo que mostró su predisposición a asumir la obligación que previamente había asumido el señor Mauricio Salinas con la Cooperativa CACPET Ltda. Con lo dicho queda claro que primero se debía extinguir la obligación que el señor Mauricio Salinas tenía con CACPET Ltda. para posteriormente realizar los trámites correspondientes para que la nueva deudora, la señora María Belén Vega Brito, pueda asumir dicha obligación. Para que esta operación pueda concretarse, en el Acta se han detallado los compromisos que asumieron cada una de las partes, y que son los siguientes: a) Que la señora María Belén Vega Brito sea aceptada por CACPET Ltda. como deudora del préstamo que firmó el ingeniero Mauricio Salinas, quedando como garantía la misma maquinaria; b) Que la Cooperativa CACPET Ltda., a través de su representante legal, ordenará a su departamento legal realizar la resciliación de la prenda industrial a favor de la Cooperativa CACPET Ltda., y se levantará la inscripción de la prenda industrial en el Registro Mercantil; c) Que la representante legal de la Cooperativa CACPET Ltda. ordenará a su departamento legal que se firme la nueva escritura de prenda industrial a favor de la Cooperativa, en el que aparezca como nueva deudora la señora María Belén Vega Brito. Consecuentemente, para la validez jurídica de la operación crediticia, era indispensable que previamente se cumplan con los 3 pre requisitos establecidos en el Acta de Compromiso. Durante la sustanciación del proceso se practicó

una experticia con el documentólogo Juan Carlos Guerrero Arias. Consta en el informe pericial, debidamente incorporado al proceso, que no existen informes departamentales respecto a la viabilidad del crédito, sino un simple análisis de riesgo y del estado económico del cliente. Constan también en el informe pericial que no se ha encontrado ningún acta de los comités o asambleas que haya autorizado la resciliación del contrato firmado con el ingeniero Mauricio Salinas, y tampoco existe la firma del nuevo contrato de prenda industrial con los cónyuges Iván Arsenio Garzón Villacrés y María Belén Vega Brito. Respecto a la propiedad de la maquinaria, el perito determinó que en la Escritura consta que la maquinaria pertenece a la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa de Tungurahua (CACPET Ltda). El perito añade que no se ha inscrito en el Registro Mercantil la escritura pública de constitución de prenda industrial en la que aparezca como nuevos deudores los cónyuges Iván Arsenio Garzón Villacrés y María Belén Vega Brito. En el informe pericial consta que el departamento legal de CACPET Ltda. no dio cumplimiento a lo señalado en el acta de compromiso celebrada el 08 de mayo del 2015, en lo que tiene que ver a la firma de la nueva escritura de prenda industrial. Cabe mencionar que en la sustanciación de este proceso se practicó también un informe pericial contable, con la intervención del perito Diego Antonio Vilema Arias, quien en los numerales 1, 2 y 3 de su informe determina que CACPET Ltda. en liquidación, en su cuenta de fondos disponibles al mes de junio de 2015, tenía un saldo de USD $ 93.127,84 dólares, por lo tanto, "*el disponible era insuficiente para el desembolso del crédito*".

Una vez que se ha determinado todos aquellos incumplimientos en que incurrieron las partes respecto a las condiciones y presupuestos que ellos mismos se impusieron para el nacimiento de la obligación, es necesario analizar si aquello basta o es suficiente para poder concluir que estamos frente a la falsedad ideológica alegada por los actores. Al respecto es necesario recordar que la falsedad ideológica se configura cuando en el documento cuestionado constan hechos que no son ciertos. En el Pagaré No. 01022000336 que consta a foja 39 del proceso y que es el documento cuestionado en el juicio, se verifica que en él no se hace mención alguna a los antecedentes o a los motivos por los cuales se ha emitido dicho Pagaré, y por esta razón no se hace referencia alguna al Acta de Compromiso de 08 de mayo de 2015 ni a las obligaciones y compromisos que debían ser cumplidas de manera previa a que se concrete la negociación. Siendo así, es un hecho incontrovertible que en el referido Pagaré no se han hecho constar hechos que pudieren resultar falsos, y por ende, no se ha configurado la falsedad ideológica aducida por los actores, toda vez que el referido Pagaré no contiene declaraciones falsas ni ha intentado hacer aparecer como verdaderos hechos que no han ocurrido, porque simplemente en el Pagaré no se menciona ningún tipo de hechos.

Al haberse desechado la figura de la falsedad ideológica, corresponde analizar las otras excepciones a la coactiva alegadas por los actores en su escrito de demanda. En el numeral 5 del libelo de demanda constan las excepciones al juicio coactivo, señalando los actores lo siguiente: "*5.4.- Alegamos falta de causa lícita y objeto lícito en la ejecución de la acción coactiva, al habernos iniciado una acción por una obligación económica que jamás hemos contraído (…) 5.7.- Alegamos inexistencia de la obligación ejecutiva, dentro del título (pagaré a la orden) base de la acción incoada en nuestra contra (…) 5.9.- Alegamos inexistencia de la obligación ejecutiva, y por ende falta de derecho para la acción coactiva iniciada en nuestra contra por parte de la demandada (…) 5.12.- Alegamos falta de causa en el título que sustenta la acción coactiva en nuestra contra*…". Queda claro entonces que los acores del juicio no solamente alegaron falsedad ideológica, sino que además aducen falta de causa lícita en la emisión del Pagaré a la orden. Al respecto se debe señalar que la cuestión relativa a la causa del acto jurídico se vincula con el "*por qué*" del acto, conforme al significado genuino del término causa: "*lo que se considera como fundamento u origen de algo*"; y en su segunda acepción significa: "*Motivo o razón de obrar*" (Real Academia de la Lengua, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Madrid, 2001). Doctrinariamente la causa tiene otras acepciones, distinguiéndose así la causa eficiente, la causa final, la causa formal y la causa impulsiva u ocasional (Norma Juanes, "*La Causa del Contrato*", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Volumen III, No. 1, 2012, página 41). Para efectos de este análisis, recurrimos a la tratadista antes citada en lo que tiene que ver a la conceptualización de la causa fuente y la causa formal, quien las define así: "*La causa eficiente, es el principio productivo de un efecto, a la que jurídicamente reconocemos como "causa fuente". La causa formal, es lo que hace que*

alguna cosa sea lo que es, no atendiendo a su contenido, sino tomando en consideración la concurrencia de condiciones exteriores que permiten su valoración como una cosa determinada" (ibídem página 42). El artículo 1461 del Código Civil establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario como requisito para la validez de una obligación "*Que tenga una causa lícita*". Concordantemente el artículo 1483 del citado Código dispone: "*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla (…) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por 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*…". Entonces, no basta con el análisis que se pueda hacer de la forma externa del acto, sino que se trata de determinar el "por qué" de la existencia del acto, su razón de ser, el fin determinante, la justificación o fundamento de la declaración de voluntad privada; en otras palabras, su causa eficiente o causa fuente. Puede haberse concluido válidamente el contrato por haberse satisfecho la exigencia de todos los requisitos previstos en la ley para el efecto, y en consecuencia el contrato realizará su función típica inicialmente; no obstante, puede luego presentarse circunstancias sobrevinientes que desvirtúan la causa. Por ejemplo, si se quiebra la voluntad de las partes por incumplimiento de las obligaciones; si sobreviene la imposibilidad de una de las prestaciones, o la imposibilidad de cumplir el fin propuesto. En tales casos, desaparece la causa fuente porque el acto ya no puede cumplir su función típica. Aquí se aprecia cómo funciona la institución de la causa porque las partes no pueden alcanzar los resultados prácticos que perseguían en la concertación del negocio subyacente, al desvanecerse "la causa" que da razón al consentimiento que se expresa en el documento. En el presente caso y al analizar la causa fuente de la obligación se verifica de los recaudos procesales que los compromisos adquiridos en el Acta de 08 de mayo de 2015 no fueron cumplidos por las partes. Al haberse incumplido dichos compromisos, nunca se inscribió en el Registro Mercantil la resciliación del contrato suscrito con el señor Mauricio Salinas, y nunca se suscribió el nuevo contrato de prenda industrial con la señora María Belén Vega Brito. La maquinaria que deseaba adquirir la señora María Belén Vega Brito sigue constando a nombre de CACPET Ltda. como garantía del contrato que antes se había suscrito con el señor Mauricio Salinas. No existe evidencia alguna de que se haya inscrito en el Registro Mercantil contrato de prenda industrial alguno en el que aparezca como deudora la señora María Belén Vega Brito tomando en cuenta que la inscripción de dicho contrato implica su perfeccionamiento. Por todo lo expuesto ha quedado evidenciado que no existe causa fuente o causa eficiente alguna para que se haya emitido el Pagaré No. 01022000336 de 5 de junio de 2015, ya que los incumplimientos en que incurrieron las partes imposibilitaron alcanzar los resultados prácticos que perseguían en la concertación del negocio subyacente, desvaneciéndose así "la causa" del acto.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por los señores María Belén Vega Brito e Iván Arsenio Garzón Villacrés; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada el 26 de enero de 2018, a las 16h17, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato dentro del juicio de excepciones a la coactiva N° 18803-2016-00062. En aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta la excepción de inexistencia de causa y en consecuencia se declara la ilegitimidad Pagaré No. 01022000336 de 5 de junio de 2015 y de los asientos contables aparejados a la coactiva, ordenándose el archivo del procedimiento de ejecución coactiva incoado en base al referido Pagaré a la orden. Se desecha la pretensión de reparación económica las demás pretensiones de los actores, por improcedentes.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL; Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *01803-2019-00003*
Resolución Nro. *489-2021*
Fecha: *miércoles 16 de junio del 2021, las 09h36*

TEMA: Ilegalidad e Ilegitimidad del acto administrativo.

ASUNTO

La ciudadana Enma Lucila Buri Cuenca presenta una acción contencioso administrativa en contra de la Coordinación Zonal 6 del Ministerio de Educación, impugnando el acto administrativo contenido en la Resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R y solicita se declare la ilegalidad e ilegitimidad del acto impugnado y se ordene la restitución a su cargo como docente dentro de la Unidad Educativa Especial Gualaceo, así como el pago de todas las remuneraciones no percibidas por el tiempo que estuvo destituida.

Entre los argumentos en que fundamenta su acción, refiere que dentro del sumario administrativo seguido en su contra no se valoró la prueba presentada a su favor, ni se logró verificar ninguno de los hechos alegados sobre que la accionante haya tenido conocimiento del acto de violencia sexual cometido por el médico institucional en contra de una de las estudiantes de la institución que dirigía. Refiere que en el acto impugnado se vulneró la obligación de los funcionarios públicos de motivar sus resoluciones, a su decir, no se han expuesto los fundamentos de hecho y de derecho de manera que inexorablemente se pudiera concluir una conducta ilícita sancionada por el ordenamiento jurídico.

La Coordinación de Educación zona 6 del Ministerio de Educación, en su contestación a la demanda, objeta la pretensión de la accionante, por cuanto, a su decir, el acto administrativo impugnado fue expedido por autoridad competente, esto es, por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos del Distrito Educativo 01D04, cumpliendo con lo previsto en el artículo 344 del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, materializado a través de una resolución que contiene los fundamentos de hecho y de derecho del proceso sumarial, habiéndose verificado la infracción tipificada en el literal bb) del artículo 132 de la Ley Orgánica de Educación y sancionada en el artículo 133 ibídem, configurándose los presupuestos para su destitución.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca fija el objeto de la controversia en resolver sobre la ilegalidad e ilegitimidad de la Resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R, mediante la cual se genera la destitución de Enma Lucila Buri Cuenca, al no haber cumplido con su deber como docente de la Unidad Educativa Especial Gualaceo, por no presentar la denuncia en contra del médico institucional por el presunto abuso sexual cometido en contra de una estudiante.

Refiere el órgano jurisdiccional que en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales está el deber de velar, por sobre todo, por los derechos que corresponden a la víctima, quien era adolescente al momento en que se inició el proceso administrativo sancionador, en virtud de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, además de ser una persona perteneciente a los grupos de atención prioritaria, con situación de triple

vulnerabilidad, conforme lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Sobre el objeto materia de la controversia, el tribunal señala que el caso se debe apreciar a la luz de lo que se ha establecido respecto a situaciones de abuso sexual, siendo el testimonio de la víctima el que prima por sobre estos hechos y que debe ser considerado como prueba plena que incluso puede prevalecer sobre otras pruebas, de manera que el testimonio sobre el aviso que dio a su maestra tiene directa relación con un presunto delito de orden sexual.

En ese sentido, los juzgadores ratifican que ante una situación relacionada con el presunto cometimiento de un delito de naturaleza sexual, debe primar lo que la víctima manifestó en sus testimonios, respecto al aviso que dio a su profesora, pues estaba siendo víctima de abuso sexual, por lo que correspondía a la docente y accionada de la presente causa, en cumplimiento de sus deberes, denunciar y dar aviso inmediato de lo acontecido y así proteger a la víctima, más aún cuando por referencia de las partes procesales se ha comprobado en el respectivo proceso administrativo que el referido médico ha sido sancionado con la destitución de su cargo por haber incurrido en abuso sexual a estudiantes de la Unidad Educativa Especial Gualaceo y se encuentra en trámite un proceso penal. El Tribunal rechaza las pretensiones de la demandante y ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01803-2019-00003

Juez Ponente: Dr. Fabián Patricio Racines Garrido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, miércoles 16 de junio del 2021, las 09h36.

VISTOS. Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de: **a)** Mediante Resolución No. 0082021, de 28 de enero de 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, de 29 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia. **b)** Mediante Resolución No. 022021, de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. **c)** Patricio Adolfo Secaira Durango, fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 113-PCN-2021, de 18 de febrero del 2021, efectuado por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **d)** Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 1872019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante oficio No. 115P-CNJ2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **e)** Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 20 de abril de 2021, constante a fojas 16 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido (Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Iván Rodrigo Larco Ortuño, y Patricio Adolfo Secaira Durango; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del

Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1. En sentencia de 29 de noviembre del 2019, las 08h45 los jueces de la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, dentro del juicio No. 01803-2019-00003, en lo medular, resolvieron:

> *"(…) Por las consideraciones anteriores y en razón de las constancias procesales;* éste *Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con Sede en la ciudad de Cuenca, " 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 demanda y en consecuencia ratifica la validez de Resolución dictada la Junta Distrital de Solución de Conflictos del Distrito de Educación GualaceoChordeleg y la No. 021JDRCDD-01D04CHG2018 de 31 de mayo de 2018 y la Resolución No. MINEDUCCZ62018-00345R de 03 de septiembre de 2018 que inadmitió el recurso interpuesto por la acciónate respecto de la primera resolución. (…)"* .

1.2. La accionante Enma Lucila Buri Cuenca interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose, para este efecto, en el caso cuarto y quinto (4 y 5) del artículo 268 del COGEP.

1.3. Mediante auto de 26 de febrero de 2020, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dispuso a la recurrente que en el término de cinco días aclare y complete el recurso deducido.

1.4. Con escrito de 19 de febrero de 2020, la accionante Enma Lucila Buri Cuenca aclara y completa el recurso de casación deducido, cumpliendo así con lo ordenado por la Conjueza Nacional.

1.5. Con auto de 26 de febrero de 2020, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el referido recurso de casación, únicamente por el caso cuarto del art. 268 del COGEP.

1.6. Con auto de sustanciación de fecha 27 de mayo de 2021, se convocó para el día viernes 04 de junio de 2021, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.7. En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la parte recurrente, Enma Lucila Buri Cuenca acompañada de sus defensores técnicos debidamente acreditados, quien fundamentó su recurso en base a la causal admitida a trámite. No comparecieron las entidades demandadas Ministerio de Educación y Procuraduría General del Estado, pese a estar notificados en legal y debida forma. Luego de escuchar a las partes procesales, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto por la recurrente Enma Lucila Buri Cuenca y se declaró con lugar parcialmente la demanda planteada, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación:

II. ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1. Validez procesal. En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

2.2. Delimitación del problema jurídico a resolver. El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada de 29 de noviembre del 2019 por el Tribunal de instancia ha incurrido en el yerro acusado por la recurrente; esto es, falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenida en el caso cuatro del art. 268 del COGEP.

III.- ANÁLISIS

3.1. Con cargo al caso cuarto del artículo 268 del COGEP, la casacionista acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. En cuanto a este vicio, es necesario recordar que esta causal se refiere a la violación indirecta de la norma sustantiva, por medio del yerro en la valoración de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, consecuentemente a este Tribunal de Casación no le corresponde revisar los hechos que fueron analizados por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, sino que esta causal opera en función de que exista un error, consistente en

la falta aplicación de los preceptos jurídicos que se aplican a la valoración de la prueba y que a la vez son determinantes para errar en la aplicación de normas de derecho en la sentencia. En el marco de la causal referida, la recurrente debe sustentar con absoluta claridad el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, toda vez que en palabras del profesor Santiago Andrade Ubidia señala que: "…nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro..." ((Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Quito – Ecuador, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2005, pág.: 150)

3.2. En palabras de Santiago Andrade Ubidia, para que prospere esta causal se debe: *" **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 siguientes. **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. En los vicios de la sentencia previstos en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación existen dos clases de violaciones: Violación de las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, y violación de normas sustanciales o materiales, siendo las primeras el medio para que se produzca la violación de las segundas. **No basta entonces identificar la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido transgredida, sino que en forma concurrente o copulativa debe identificarse la norma sustancial o material que como efecto de la violación medio ha sido transgredida.** "* (Santiago Andrade Ubidia, op. cit., pág.: 157, 158) (Énfasis agregado)

3.3. En este orden de ideas, el mismo autor menciona que, el precepto jurídico de valoración de la prueba debe encontrarse inmerso en uno de los vicios de juzgamiento sea por falta de aplicación, indebida aplicación, o errónea interpretación; y, en ese sentido afirma que: *" 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. 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. 4. Cuando se valora un medio de prueba con transgresión de la norma específica que la regula."* (Santiago Andrade Ubidia, op. cit., pág.: 157)

3.4. Remitiéndonos al análisis de las circunstancias de la causal invocada, se debe enfatizar que la procedencia de dicha causal radica en que los errores en la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, deben ser concretos, exactos, individualizados y sobre todo trascendentes en la decisión, pero si tal error no es significativo en la resolución o sí las pruebas a las que se hace alusión son carentes de idoneidad de acuerdo a la naturaleza del caso, no procede el recurso de casación.

3.5. En el caso *in examine* la recurrente en su escrito casacional, así como de la fundamentación oral esgrimida en la audiencia respectiva, esta Sala analizará si la recurrente cumple con los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han señalado para la procedencia de este vicio alegado, conforme se señaló en el apartado 3.2. de esta sentencia, a saber:

3.5.1. Determina el medio probatorio que no ha sido valorado, esto es, las declaraciones juramentadas de los padres de la señorita J.A.C.A., como prueba documental, medio probatorio que fue aceptado por el Tribunal y que, en palabras de la casacionista, no se ha valorado la prueba en su conjunto.

3.5.2. Identifica con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba. Según la recurrente es el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: *" La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos." ;* mencionando que dicha norma no ha sido aplicada (falta de aplicación) en la sentencia reprochada; es decir, no se ha valorado la prueba en su conjunto.

3.5.3. Demuestra un análisis razonado y crítico de los medios probatorios, confrontando la norma

procesal que lo regula, concluyendo que, al no haberse realizado una valoración de la prueba en su conjunto conllevó a la falta de aplicación del derecho sustantivo, en razón de que el objeto de la controversia se centró en verificar si existió o no una infracción disciplinaria por parte de la accionante.

3.5.4. Identifica la norma sustancial indirectamente infringida, que en el caso de estudio es la no aplicación del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, lo que conlleva la falta de motivación de la sentencia denunciada.

3.6. En la especie, la recurrente de su memorial casacional ha determinado con claridad cuál es el medio probatorio que no ha sido valorado, la norma procesal que regula la valoración de la prueba, el nexo entre el medio probatorio y la norma procesal, y la norma sustancial indirectamente infringida. Al cumplir con los requisitos que exige la jurisprudencia y la doctrina para que prospere el vicio alegado la Sala procederá con el análisis de fondo respecto del vicio denunciado.

3.7. Sobre la prueba, el artículo 164 del COGEP contiene, entre otros elementos, el principio de unidad de la prueba y las reglas de la sana crítica. En el caso en concreto, se procederá con el estudio exclusivamente del principio de unidad de la prueba, conforme fue alegado por la recurrente. El profesor Devis Echandia sobre este principio señala: " *Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios y documentos); a veces hay pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio con el* ***conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez****, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme (…)."* (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, 2015, pág. 110) (Énfasis agregado).

3.8. El principio de unidad de la prueba tiene relevancia respecto a la apreciación de las pruebas, pues en su valoración el juzgador debe tomar en su consideración su unidad, de manera integral y no de forma aislada, incluso el artículo 89 del COGEP señala que la motivación de sentencias y autos, bajo pena de nulidad, deben contener la correspondiente valoración y apreciación de las pruebas, así como las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de conformidad a las reglas de la sana crítica, incluyendo asimismo el elemento de motivación en su resolución respecto a la valoración de las pruebas para justificar su decisión.

3.9. En este orden de ideas, de la revisión a la sentencia denunciada en su considerando séptimo, la Sala revela que el Tribunal de instancia al momento de valorar las pruebas aportadas al proceso no lo hizo bajo el principio de unidad de la prueba, puesto que se refiere únicamente como prueba plena, y así lo reconoce el tribunal *a quo,* al testimonio rendido por la víctima respecto a las situaciones de abuso sexual, dejando de valorar las demás pruebas anunciadas y aportadas por la accionante en sede administrativa y judicial. Dentro de este contexto, es necesario recordar que la valoración de la prueba en su conjunto tiene como propósito formar la convicción del órgano juzgador respecto de la existencia de los hechos alegados y sus circunstancias, así como también de la participación de las personas vinculadas al proceso y sus responsabilidades, derechos u obligaciones, de tal manera que el juez debe pronunciarse de forma expresa sobre las pruebas en su conjunto, relacionándolas entre sí, cotejando las pruebas de cargo con las pruebas de descargo, para, con base en ello, obtener una conclusión lógica. El precepto en virtud del cual el juzgador está en la obligación de valorar la prueba en su conjunto no es un mero formalismo, sino que es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad.

3.10. Era obligación del Tribunal de instancia aplicar el precepto jurídico correspondiente a la valoración de la prueba que obliga al juzgador a valorar la prueba en su conjunto, situación que en el presente caso no sucedió, lo que ocasionó la violación de la norma que obliga a los jueces a resolver todo proceso con base en las pruebas debidamente actuadas por las partes procesales, vicio que incidió de manera trascendental en la parte resolutiva de la sentencia. El tribunal de instancia desconoció que el objeto de la *litis* versa sobre la legalidad o legitimidad del acto administrativo impugnado con el cual fue destituida la señora Enma Lucila Buri Cuenca por el cometimiento de una infracción disciplinaria, esto es, incumplir con la obligación de denunciar a las autoridades jurisdiccionales los casos de abuso sexual. Circunstancias que han vulnerado el derecho a la motivación de la hoy recurrente dentro del proceso contencioso administrativo. La referida violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, sin duda condujo a la no aplicación del artículo 76 de la Constitución de la República, norma que obliga

a los juzgadores a velar por el debido proceso, tal como lo alegó la casacionista al formular este recurso, motivos por los cuales se acepta el recurso por este extremo.

IV.- SENTENCIA DE MÉRITO

4.1. Comparece la señora Enma Lucila Buri Cuenca y presenta acción contencioso administrativa en contra de la Coordinación de Educación Zonal 6 del Ministerio de Educación en la persona del Coordinador Zonal 6 e impugna el acto administrativo contenido en la Resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R, emitida dentro del expediente administrativo No. 12-SA-DD-01D04-2018, cuya pretensión es que, en sentencia, se declare: *"1. La ilegalidad e ilegitimidad del acto administrativo impugnado, eso es la Resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R, emitida dentro del expediente administrativo No. 12-SA-DD-01D04-2018, y en consecuencia se declare mi inocencia. 2. En consecuencia, se ordene la restitución del cargo como Docente dentro de la Unidad Educativa Especial Gualaceo. 3. Se ordene el pago de todas las remuneraciones no percibidas por la compareciente por el tiempo que estuvo destituida, más intereses de ley."*

4.2. La accionante manifiesta que, desde hace muchos años, se desempeñó como docente y Directora de la Unidad Educativa Especial de Gualaceo, en donde ha tenido siempre una actitud recta y respetuosa con los estudiantes, así como con los compañeros docentes y los padres de familia.

4.3. Que se inició un sumario administrativo en su contra por una supuesta falta cometida por su persona al no haber denunciado a la autoridad competente sobre los supuestos hechos de violencia de carácter sexual inferidas por el médico de la Institución en contra de la estudiante J.A.C.A., estudiante de la Unidad Educativa Especial de Gualaceo. Se refiere al inicio del sumario administrativo y las normas que supuestamente infringió y señala que el inicio del sumario se sustenta en un informe lleno de supuestos, en donde no existen pruebas contundentes en su contra y como resultado de este informe se colige que ha desobedecido dichas disposiciones y que es inverosímil el proceder de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, que en flagrante vulneración de sus derechos inicia un sumario administrativo sobre supuestos actos que no se han probado, pues el auto de llamamiento al sumario administrativo se fundamenta en un Informe suscrito por la Mgs. Amanda Torres, profesional del DECE, y la Mgs. Janet Elizabeth Espinoza Peláez, en donde se detalla que la estudiante J.A.C.A. le ha comunicado a la docente Licenciada Julieta Lojano sobre supuestos actos de violencia sexual cometidos en su contra por parte del medico de la institución, situación que, a decir de la Lcda. Lojano, se le había comunicado, sin embargo, en dicho informe no se detalla ni el lugar, ni la fecha, ni las circunstancias en las que supuestamente se le ha comunicado, situación ésta que resulta atentatoria a sus derechos, pues difícilmente puede defenderse de un hecho cuya fecha de cometimiento desconoce; omisión que impide que se verifiquen los términos y plazos establecidos por la ley para que la autoridad administrativa pueda iniciar un sumario en su contra, situación que debe tomarse en cuenta el momento de resolver.

4.4. Señala que la finalidad de dicho Sumario es esclarecer los hechos, a fin de determinar si efectivamente se le ha comunicado sobre dicho acto cometido en contra de la estudiante; sin embargo, del sumario se puede colegir que nos encontramos en un sistema inquisitivo de administración de justicia en donde su derecho a la defensa en los términos de la Constitución y los Tratados Internacionales se ven del todo vulnerados, pues la prueba presentada por su persona no tiene valor alguno. Como consecuencia de aquello, se encuentra sin trabajo por unas declaraciones antojadizas de un grupo de personas, sin que se haya logrado probar nada en su contra recordando que quien alega un hecho lo debe probar, situación que en la especie no se ha verificado.

4.5. Se refiere a las declaraciones y su interpretación de la Licenciada Lojano, el testimonio de las señoras Nora Garciela Lituma Lucero, Zoila Beatriz Criollo y de la señora Carmen Cecilia Atiencia Salinas, la señorita Jenny Maricela Cárdenas Atiencia y de la señorita Srta. Josseline Cárdenas Atiencia que dice haber contado los supuestos actos de violencia sexual a sus padres y a la Sra. Buri, situación que se contradice plenamente con lo expresado por su madre, por su padre, su hermana y su persona indicando que incluso su padre dice que, con mucha seguridad, que en el testimonio de su hija, estaba siendo obligada por alguien más a decir lo que dijo. Hace también relación al testimonio del doctor Germán López, quien manifiesta que la señora Enma Buri y su persona no tienen una buena relación y que ha habido varias quejas por parte de la señora Buri en contra del trabajo que realiza el Doctor. Situación que, a su criterio, lleva inexorablemente a concluir que si la señora

Buri hubiese tenido conocimiento sobre un hecho tan reprochable con es un acoso o abuso sexual, no habría dudado en denunciarlo.

4.6. Sostiene que su proceder ha sido siempre apegado al ordenamiento jurídico y a los principios universales de justicia, por ello resulta plenamente incoherente el que frente al conocimiento de un acto de violencia sexual contra un estudiante, diga que espere y su proceder no ha sido, ni será jamás de tal indolencia frente a un hecho como este, situación que se puede verificar dentro de los certificados de honorabilidad presentados por su persona, así como de los testimonios, incluido el de la madre de la señorita J.A.C.A. y declaraciones juramentadas que presentó como prueba a su favor, así como de sus 14 años dentro de la Unidad Educativa Especial de Gualaceo, en donde el cumplimiento de sus obligaciones las ha realizado a cabalidad, demostrando una conducta intachable y que el proceder del médico de la institución no era correcto, situación que comunicó durante varias ocasiones a las Autoridades respectivas, sin embargo, jamás tuvo conocimiento sobre actos de agresión sexual.

4.7. Continúa manifestando que pese a haber presentado todas las pruebas de descargo, en virtud de las cuales demostró que no había conocido de este hecho, la Junta Distrital de Resolución de Conflictos 01D04 Chordeleg Gualaceo procedió, mediante Resolución No 021-JDRC-DDO1D-04CHG-2018 de fecha 31 de mayo del 2018, a destituirle de su cargo. Sobre la Resolución, señala que vulnera la obligación que tienen los funcionarios públicos de motivar, pues enuncia los fundamentos de derecho, sin hacer una conexión con los hechos, situación que me lleva a un real estado de indefensión. Se traen las disposiciones de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, su Reglamento y el Código de la Niñez y Adolescencia sin detallar su pertinencia; resolución que no solamente hace caso omiso al deber de motivar, sino que vulnera el derecho a su defensa, pues no se valora a la prueba en su conjunto, sino que intencionalmente se utilizan algunas y se desechan otras con la única finalidad de forzar una realidad falsa. Aclara que, para hacer valer sus derechos, solicitó que se le indique la fecha en la que supuestamente se le habría comunicado por parte de la menor, situación a la que no tuvo respuesta.

4.8. Que frente a este injusto actuar por parte de la Junta, interpuso el Recurso de Apelación para ante la Coordinación de Educación Zonal 6, con la finalidad de que se aprecien las pruebas presentadas a su favor y, en virtud de lo establecido en el Ordenamiento Jurídico vigente, se verifique su inocencia y se ordene el Archivo de dicho Sumario y el 03 de Septiembre del 2018 fue notificada con la Resolución Nro. MINEDUC-CZ6-2018--00345-R, en la que el Coordinador de Educación Zonal 6, resuelve: *"INADMITIR a trámite el recurso de apelación formulado por la Mgs. Enma Lucia Buri, docente de la Unidad Educativa especial Gualaceo, cantón del mismo nombre, provincial del Azuay por incurrir en la prohibición constante el literal bb) del Art. 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural así como en la infracción constante en el Art.355 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, infracción que es sancionada conforme lo determina el literal b) del Art. 133 de la Ley Orgánica de Educación..."* y, por lo tanto, ratifica la Resolución venida en grado.

4.9. Sobre dicha resolución señala que dentro de los considerandos para resolver, particularmente el numeral Séptimo en donde se hace una valoración de la prueba, claramente se verifica una contradicción en los testimonios, situación que el juzgador no toma en cuenta y al referirse a la prueba presentada por la Señora Buri, no le da valor alguno, pues manifiesta que no aportan nada y para tomar como prueba lo manifestado por la Señorita Cárdenas se debe hacer una valoración integral de la prueba, tomando en cuenta no solamente lo manifestado por ella, sino quienes comparten su entorno, esto es su hermana y su madre. Además, en la Resolución se traen disposiciones aplicables a los niños, niñas y adolescentes, situación que en la especie no es aplicable. Hace relación al considerando Decimo Primero de la resolución impugnada en el que se concluye que existen pruebas suficientes de que la estudiante J.A.C.A. mantuvo contacto directo con la docente Enma Buri.

4.10. Indica que se habla además de que el testimonio de la menor es coincidente, unívoco y concordante con el de la docente Julieta Lojano, situación completamente alejada de la verdad, pues de ambos testimonios se desprenden incoherencias esenciales que vuelven inadmisible a dicha prueba y que, en ninguna parte de la Resolución se detalla el día en que supuestamente se habría comunicado de estos hechos de agresión sexual a la Mgs. Enma Buri, así como tampoco se detalla el lugar, ni las circunstancias en las que supuestamente se habría dado dicha conversación.

4.11. Concluye que su actuar se ha enmarcado en una conducta ilícita sancionada por el ordenamiento jurídico y que la Coordinación, en total vulneración de sus derechos ha omitido las reglas básicas de la Motivación.

4.12. La Directora Regional de la Procuraduría General del Estado, en Azuay, Cañar y Morona Santiago que señala que ha comparecido en este proceso en ejercicio del Patrocinio del Estado y en defensa del interés público, en apego con lo que dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y presenta su contestación a la demanda, y se refiere al hecho alegado y el fundamento de derecho expuesto en la demanda y a la pretensión de la accionante y plantea como excepciones las siguientes: 1. Negativa pura y simple de todos los fundamentos de hecho y derecho de la demanda. 2. Improcedencia de las pretensiones deducidas y legalidad de la actuación administrativa. Al respecto señala que los actos administrativos pueden adolecer de nulidad por falta de uno o varios de sus elementos, o cuando uno o varios de sus elementos no se han conformado en merito a lo ordenado por la ley; si el acto se ha realizado imperfectamente; o si el fin que persigue la administración o el órgano respectivo, esta directa o expresamente condenado en la ley y que los mismos gozan de ciertas características como son la presunción de legalidad y de ejecutoriedad, como así lo determina la doctrina y nuestro sistema jurídico, en el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE; presunción de legalidad, denominada también de legitimidad, de validez o de juridicidad, consiste en presumir que el acto fue dictado conforme a derecho, esto es que su emisión se sujetó a todas las prescripciones de orden normativo y son actos que emanan de funcionarios públicos competentes señalados por la propia ley, que deben observar determinadas formas y procedimientos para emitir un acto administrativo.

4.13. Se refiere a que la Constitución de la República en su artículo 226, sienta el principio de competencia positivas a favor de las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, quienes están llamados a ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución y la Ley, por lo que, el acto emanado por la Cartera de Estado demandada que hoy se impugna, ha sido dictado observando este principio, respetando y guardando relación con la normativa aplicable al caso y que la demandada, Coordinación de Educación, ha obrado dentro de la esfera de sus competencias establecidas en la Constitución de la Republica, y el acto impugnado, resolución MINEDUCCZ6201800345R, analiza a cabalidad la procedencia del procedimiento de sumario administrativo seguido en contra de la actora, determinando que en el mismo se ha seguido todas las etapas procesales necesarias que garantizaron el derecho constitucional de un debido proceso a favor de la señora Enma Lucila Buri Cuenca, quien en el momento oportuno pudo presentar y actuar todos sus elementos probatorios con total libertad, es así que se receptaron testimonios, certificaciones, oficios y demás medios actuado en el expediente; igualmente se desarrolló la audiencia oral dentro del procedimiento, momento procesal en el cual la actora podo exponer todas sus alegaciones jurídicas tendientes a demostrar los asertos de su contestación al sumario administrativo en compañía de su patrocinador; luego de lo cual la Coordinación demandada, teniendo como soporte la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con las normas de la Ley Orgánica de Educación Intercultural Bilingüe y su Reglamento General, dictó la resolución cuestionada con esta acción.

4.14 También indica que no se ha cuestionado la legalidad y validez jurídica del acto administrativo contenido en la resolución N° 021JDRCDD01D04CHG2018 de fecha 3 de mayo de 2018 emitida por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos del Distrito Educativo intercultural y Bilingüe OIDO4CFIG Gualaceo-Chordeleg que impuso la sanción de destitución del cargo a la actora por contravenir el literal bb) de Art. 132 de la Ley Orgánica de Educación intercultural, el Art. 355 del Reglamento General a la LOEI, Art. 11 de la LOEI literales a, b, r, s, Art. 132 del Reglamento a la LOEI literales f) s, u, bb., Art. 46 numeral 4, Art. 45, Art. 83, 226 de la Constitución de la República y Arts. 11. 14, 16, 17, 19, 67, 72, 73 del Código de la Niñez y Adolescencia.; acto administrativo que no ha sido impugnado.

4.15. Comparece el Coordinador Zonal de Educación 6 y contestando la demanda señala que objeta la pretensión del accionante, por improcedente por cuanto la Resolución Nro. MINEDUCCZ6-2018 00345R de fecha Cuenca, 03 de septiembre de 2018, fue expedida por autoridad competente, esto es por la Coordinación de Educación Zona 6 en uso de las atribuciones y que el sumario administrativo instaurado a la parte actora cumplió con

las reglas del debido proceso y la seguridad jurídica previstas en los Arts. 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto los miembros de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos del Distrito Educativo 01D04 y el delegado de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Distrito 01D04, cumplieron con lo previsto en el artículo 344 del Reglamento General a la LOEI, de tal manera que no existen vicios para declarar ilegal el acto impugnado.

4.16. Que la Junta Distrital de Resolución de Conflictos de la Dirección distrital 01D04 Resuelve; imponer la sanción de destitución del cargo por contravenir el literal bb) de Art. 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, 355 del Reglamento General a la LOEI, Art. 11 de la LOEI literales a, b, s, 132 del Reglamento a la LOEI literales f) s, u, bb., 46 numeral 4, Art. 45, Art. 83, 226 de la Constitución de la República Arts. 11. 14, 16, 17, 19, 67, 72, 73 del Código de la Niñez y Adolescencia.

4.17. Que dentro del desarrollo del proceso Sumario Administrativo 012SADD01D042018 de la prueba evacuada se desprende la declaración de la estudiante J.A.C.A., quien manifiesta en leguaje hablado y con señas que le comunicó a la Mgs. Enma Lucila Buri Cuenca sobre los hechos perpetrados por el médico y ratifica la respuesta en la repregunta indicando que fueron muchas veces y señaló en señas, versión que coincide con la declaración de la profesora de la estudiante la Lic. Maria Julieta Lojano Abad, estas declaraciones que fueron receptadas dentro de la etapa de prueba del sumario administrativo y se tomaron los recaudos necesarios para que la declaración de la niña sea certera tal es así que se contó con la presencia del Psc. Lic. Richard Paccha, Psicólogo Clínico de la Unidad Educativa Especial "Gualaceo" y el profesional intérprete en señas el Lic. Fonoaudiólogo Darwin Javier Gañan, señalando que de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 45 de la Constitución de la República y 60 del Código de la Niñez y Adolescencia para la Coordinación de Educación Zona 6 el testimonio de la estudiante hace fe y constituyen prueba por ser además univoca y concordante con la declaración de la Lic. Maria Julieta Lojano Abad, y de J.A.C.A.

4.18 Objeta la pretensión de que se declare la ilegalidad toda vez que la sumariada luego de que fue notificada con el auto de llamamiento a sumario administrativo, compareció contestando al mismo y dentro del término de prueba tuvo la oportunidad de presentar los justificativos, pues dentro de la tramitación de proceso sumario se ha dado cumplimiento al numeral 1 del Art. 76 de la Constitución de la Republica ya que se han garantizado los derechos de las partes. Respecto del recurso de Apelación manifiesta que la Coordinación de Educación Zona 6 realizó una adecuada valoración y ponderación de los bienes jurídicos tutelados sin que se pueda ignorar los valores que las normas protegen y los derechos que ellas contienen y lo que se ha hecho en la resolución es precautelar el interés superior de la adolescente y garantizar que sus derechos prevalezcan sobre los demás; tomándose en cuenta que los derechos que suponen la protección del recurrente en la gravedad que ellos supongan cuanto en la necesaria actualidad de su atención no son comparables con los que merecen la tutela de los menores.

4.19. Indica que no se puede desoír lo que diga la víctima quien en estos casos se convierte en fuente primaria de información de lo acontecido, corresponde prestar suficiente atención debiendo con "justeza", equilibrio y racionalidad valorar sus afirmaciones como prueba además que estos testimonios se relacionó con el conjunto de elementos de prueba aportados en la investigación para ponderar su credibilidad y que la resolución impugnada contiene los fundamentos de hecho y de derecho del proceso sumarial que conllevó la sanción de destitución del cargo, habiéndose verificado la infracción constante en el literal bb) del Art 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural así como en la infracción constante en el Art. 355 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, infracción que es sancionada conforme lo determina el literal b) del Art, 133 de la Ley Orgánica de Educación.

V. MOTIVACIÓN

5.1. De las piezas procesales transcritas demanda y contestaciones a la demanda, esta Sala advierte que el objeto de la controversia, tal y como lo estableció por el Tribunal de instancia, consiste en determinar si es procedente declarar la ilegalidad e ilegitimidad del acto administrativo impugnado por la accionante, esto es, la Resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R, emitida dentro del expediente administrativo No. 12-SA-DD01D04-2018. Es importante indicar que del sumario administrativo llevado en contra de la hoy accionante se centra en verificar si la señora Enma Lucila Buri Cuenca adecuó su conducta a la infracción disciplinaria contenida en el literal bb) del artículo 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, así como en la infracción contemplada en el art. 355

del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

5.2. De fojas 40 a 371 del cuaderno de instancia, consta el expediente administrativo remitido por el Ministerio de Educación, que contiene el sumario administrativo 012-SA-DD-01D04-2018 seguido en contra de la señora Enma Lucila Buri Cuenca. De fojas 2 a 16, se tiene como pruebas de la parte accionante, la razón de notificación de la resolución impugnada y la declaración juramentada de la señora Carmen Cecilia Atiencia Salinas, documentos que forman parte del acervo probatorio aportado por las partes procesales y que han sido admitidos como prueba por parte del Tribunal *a quo*.

5.3. En primer lugar, corresponde a esta Sala delimitar el objeto del análisis del caso puesto en conocimiento, es decir, si la señora Enma Lucila Buri Cuenca adecuó su conducta a la infracción disciplinaria contenida en el literal bb) del artículo 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que dispone: "*Art. 132. De las Prohibiciones. Prohíbase a los y las representantes legales, directivos, docentes, madres y padres de familia de las instituciones educativas correspondientes, lo siguiente…* ***bb. Incumplir la obligación de denunciar a las autoridades jurisdiccionales correspondientes los casos de acoso, abuso, violencia sexual u otros delitos sexuales cometidos por funcionarios educativos en contra de los estudiantes. La omisión injustificada de esta obligación dará lugar a la destitución****…"*

5.4. En este contexto, esta Sala debe enfatizar que el objeto que se discute en el presente caso es el cometimiento de una infracción disciplinaria por parte de la profesora Enma Lucila Buri Cuenca; y no está en discusión la presunta vulneración de los derechos de la menor J.A.C.A. En el caso que nos ocupa, esta Sala Especializada se centra en verificar el cometimiento de una infracción disciplinaria y no un presunto caso de abuso sexual en contra de la menor ya mencionada; como erradamente lo determinó en su momento el Tribunal de instancia.

5.5. El Derecho Administrativo sancionador/disciplinario, según la profesora Silva de la Puerta, lo define como: *"Aquella parte del ordenamiento jurídico que regula los principios de la potestad sancionadora de la Administración, las normas para su ejercicio (procedimiento) y las especialidades que presenta el régimen de las infracciones y sanciones administrativas en cada uno de los sectores en que se desarrolla la actividad administrativa."* (Silva de la Puerta Marta, 2013, Manual Administrativo sancionador, parte especial 1. Navarra: Aranzadi, pág. 87). En este sentido, se debe tener en cuenta que el Derecho administrativo Disciplinario nace del Derecho administrativo sancionador, y se traduce en el ejercicio de la potestad de autocontrol del Estado, para sancionar las infracciones de los dependientes de la Administración por faltas en el ejercicio de sus funciones, tal como lo plantea el autor Juan Cassagne al manifestar que: *"... las sanciones disciplinarias, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial..."* (Juan Carlos Cassagne, 2002, Derecho Administrativo, tomo II, séptima edición actualizada. Buenos Aires: LexisNexis AbeledoPerrot, pág. 122). Mediante un procedimiento legalmente establecido, destinado a determinar las faltas disciplinarias e imponer las sanciones al servidor público responsable, entendido como el ejercicio del *Ius Punendi* del Estado en la Administración pública respecto a las actuaciones u omisión de sus propios funcionarios. Potestad que se encuentra sujeta al cumplimiento de varios principios constitucionales, correspondientes a la propia estructura del sistema sancionador como son el principio de legalidad, el de tipicidad, el principio de inocencia, de seguridad jurídica; así como el respeto al debido proceso del procedimiento administrativo sancionador.

5.6. Uno de los principios fundamentales que rige el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado es el **principio de inocencia**, que ampara a todo funcionario público a que sea tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador señala que: *"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: 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.";* norma que guarda relación con lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), norma vigente a la fecha de los hechos acontecidos; que en su artículo 202 expresa: *" Presunción de inocencia. 1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras*

no se demuestre lo contrario." Siguiendo este orden de ideas, se puede señalar, sin lugar a dudas, que la presunción de inocencia constituye *per se* un derecho fundamental, cuestión ratificada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 11 señala que: *" Toda persona acusada de un 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 hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".*

5.7. El principio de presunción de inocencia, es el derecho que tiene toda persona, y en este caso, los funcionarios públicos, a que se considere *a priori* y como regla general, que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras la Autoridad administrativa competente no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado en un acto administrativo en firme, respetando todas y cada una de las reglas del debido proceso.

5.8. Hay que señalar, que, en atención a este principio ordena a las autoridades administrativas competentes, la demostración de culpabilidad del administrado (carga de la prueba); recordando que, para imponer una sanción disciplinaria, la administración debe tener el convencimiento de la culpabilidad del administrado.

5.9. Nuestra legislación no tiene una disposición clara respecto de la carga probatoria en los procedimientos administrativos sancionadores. El artículo 202 numeral 4 del ERJAFE (vigente al momento de los hechos), sobre la carga probatoria establece: *"(…) 4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable."* El profesor Eduardo Couture sobre la carga de la prueba enseña: *" Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos."* (Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964, pág. 241.)

5.10. Es menester diferenciar entre la carga probatoria en sede jurisdiccional y en sede administrativa. En el primer caso, la carga de la prueba le corresponde a la parte actora los hechos que ha propuesto afirmativamente en su demanda (Art. 169 COGEP). En el segundo caso la carga de la prueba varía según el tipo de acto administrativo que expida la Administración, la carga probatoria se reparte entre el administrado y la administración, pues cada uno de ellos deben probar sus respectivas posiciones; es decir, la carga de la prueba se encuentra repartida entre la administración pública y los administrados, tomando en cuenta el tipo de procedimiento, sea un procedimiento autorizatorio o un procedimiento sancionatorio.

5.11 Realizada dicha distinción en los términos señalados en el parágrafo anterior, corresponde referirse a la carga probatoria en los procedimientos administrativos disciplinarios sancionador. El profesor Allan Brewer sobre la carga de la prueba dentro del procedimiento administrativo sancionador señala: *"El problema se plantea distinto, por-supuesto, en los procedimientos constitutivos de actos administrativos de carácter sancionatorio.* ***Aquí, la carga de la prueba corresponde, íntegramente, a la Administración Pública. Es la iniciativa de la Administración la que produce el establecimiento de una sanción, y es la Administración quien debe probar las situaciones de hecho que pueden provocar la aplicación de esa sanción.*** *La Administración, en este sentido, tiene que realizar todos los actos necesarios para lograr la precisa determinación de la circunstancia a los efectos de aplicar los supuestos de derecho que consagra la sanción en particular."* (Allan Brewer, La carga de la prueba en el derecho administrativo, Revista de control Fiscal, 1975, pág. 30.) (Énfasis agregado).

5.12. En efecto, puede decirse que en el procedimiento administrativo disciplinario prima la verdad material sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con respecto a los hechos imputados al administrado, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la administración pública. Por lo tanto, es de destacar que la prueba se referirá a los hechos controvertidos, en donde en el procedimiento administrativo disciplinario en que la esfera jurídica del administrado pueda ser gravosa con la resolución de la administración y más aún, cuando se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria para la determinación de responsabilidades, la carga de la prueba prima facie le corresponde a la administración pública.

5.13. En esta línea de pensamiento, se debe destacar que, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, una vez que se ha obtenido el acervo probatorio por parte de la administración pública, la misma está en la obligación de valorar todo el acervo

probatorio en su conjunto y llegar a la convicción de que el administrado ha adecuado su conducta en la infracción administrativa que da lugar a la imposición de una sanción.

5.14. En este aspecto, la Administración Pública está obligada a aplicar un método de valoración de pruebas que sea acorde con el principio de presunción de inocencia. Es decir, debe verificar que las pruebas obtenidas reúnan las condiciones necesarias para ser consideradas pruebas de cargo válidas, y que además arrojen indicios suficientes para desvanecer la presunción de inocencia, así como de cerciorarse que estén desvirtuadas las hipótesis de inocencia y, al mismo tiempo, descartar la existencia de contraindicios que den lugar a una duda razonable sobre la que se atribuye al infractor.

5.15. En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia sobre la duda razonable en los procedimientos administrativos sancionadores ha señalado lo siguiente: *"Interesa además el alcance que se le da a la presunción de inocencia en el marco del nominado* ***in dubio pro disciplinado, que implica un tratamiento especial al procesado y que conlleva a que toda duda que se presente en el adelantamiento de los procesos disciplinarios se resuelva en favor del disciplinado."*** [Corte Constitucional, Sentencia C720/06, Referencia: expediente D5968, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 (parcial) de la ley 734 de 2002, "código disciplinario único", Actor: Sandra Vanegas Leaño, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá D. C., 23 de agosto de 2006] (Énfasis agregado). Pronunciamiento que es aplicable sin lugar a dudas, a la legislación ecuatoriana **que esboza los mismos derechos y principios a favor del funcionario que es objeto de una acción disciplinaria.**

5.16. Así las cosas, en el ejercicio del control de legalidad de los actos administrativos impugnados, prerrogativa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; siendo prueba integral de la causa, el expediente administrativo No. 01-SA-DD01D04-2018, así como la declaración juramentada de la señora Carmen Cecilia Atiencia Salinas. En la especie se tiene que, con fecha 09 de marzo de 2018 se da iniciado al sumario administrativo en contra de la señora Enma Buri Cuenca, por el presunto cometimiento de una infracción disciplinaria, por incumplir con la obligación de denunciar ante las autoridades jurisdiccionales los casos de acoso, abuso, violencia sexual, que potencialmente hayan sido cometidos por los funcionarios educativos, en contra de los estudiantes; infracción tipificada en el literal bb) del artículo 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural; infracción disciplinaria que es sancionada con la destitución al cargo conforme el artículo 133 de la norma ibídem. (fs. 4446).

5.17. Con fecha 12 de marzo de 2018, la Dirección Distrital 01D04 emite el auto de llamamiento a sumario administrativo a la señora Enma Buri Cuenca (fs. 5253). Obra de fs. 94 a 96 la contestación al auto de llamamiento a sumario administrativo, presentado por la señora Enma Buri Cuenca, escrito en el cual anuncia los medios de prueba para el esclarecimiento de los hechos.

5.18. Con fecha 09 de mayo de 2018, la Dirección Distrital 01D04 declara la apertura del término de prueba por cinco días (fs. 97). Mediante auto de fecha 11 de mayo de 2018, la Dirección Distrital 01D04 ordena la práctica de varias pruebas entre ellas la solicitada por la sumariada Enma Buri Cuenca y las pruebas ordenadas por la Autoridad competente (fs. 98).

5.19. Mediante Resolución No. 021-JDRC-DD01D04CHF-2018 de fecha 31 de mayo de 2018 la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, dispuso aplicar a la docente Enma Lucila Buri Cuenca la sanción de destitución al cargo por haber incurrido en la falta disciplinaria contenida en el literal bb) del art. 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (fs. 322326). Frente a esta Resolución la señora Enma Lucila Buri Cuenca, con escrito de 28 de junio de 2018 presenta recurso de apelación ante la Coordinación de Educación Zonal 6 del Ministerio de Educación (fs. 340356).

5.20. Con Resolución No. MINEDUCCZ62018-00345R, de fecha 03 de septiembre de 2018, expedida por la Coordinación de Educación Zonal 6, resolvió inadmitir el recurso de apelación planteado por la sumariada; y, por lo tanto ratificar la Resolución No. 021-JDRC-DD01D04CHG-2018 emitida por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos (fs. 367371),acto administrativo que es objeto de impugnación en sede jurisdiccional y que por lo tanto esta Sala procederá a su análisis en los términos esgrimidos en la presente Resolución.

5.21. En el considerando séptimo del acto administrativo impugnado, que concierne al análisis de las pruebas, en su parte pertinente, expresó: *"… analizadas de esta manera las declaraciones para la Coordinación de Ecuación Zonal 6 el testimonio de la estudiante hace fe y constituyen prueba dentro del presente proceso administrativo (…) Analizada la prueba documental y testimonial presentadas por la sumariada dentro del sumario administrativo*

se desprende lo siguiente: todos los testigos han sido referenciales y analizadas en su contexto se puede verificar que en nada aportan para esclarecer los hechos que se le imputan en este proceso a la sumariada…"; más adelante, en el considerando décimo primero, concluye que: *"Del análisis del expediente del sumario administrativo seguido en contra de la docente Enma Lucila Buri Cuenca se desprende que existen pruebas contundentes y suficientes que comprueban que la estudiante (…) mantuvo contacto directo con la docente Enma Lucila Buri Cuenca pues fue profesora y es la menor la que indica que mientras fue su profesora le refirió lo perpetrado por el médico (…); persona que en la actualidad se encuentra destituido por haberse demostrado abuso sexual en al Unidad Educativa; actos que igualmente relata la menor y aclara que fue comunicado a la docente en ese momento por lo que esta prueba resulta esencial según la doctrina y la jurisprudencia…".* En este mismo sentido, los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca en su sentencia de 29 de noviembre del 2019, al momento de realizar el control de legalidad del acto administrativo impugnado en su considerando séptimo se pronuncia de la siguiente manera: *"… concluye que por parte de la estudiante se comunicó del hecho de violencia sexual con anterioridad a la docente Enma Lucila Buri Cuenca en la cual se hace referencia a la declaración de la señorita JO. AN. Cárdenas Atiencia sobre el aviso que realizó a su profesora sobre el presunto abuso sexual recibido, consta su declaración dentro del sumario administrativo, consta la declaración de la docente María Julieta Lojano Abad que confirma la versión de la víctima,* ***hechos que este Tribunal debe apreciar a la luz de lo que se ha establecido cuando respecto a situaciones de abuso sexual el testimonio de la víctima sobre los hechos debe ser considerada como prueba plena que incluso puede primar sobre otras pruebas, y el testimonio sobre el aviso que dio a su maestra tiene directa relación con un presunto delito de orden sexual****. En el presente caso, aun cuando existen declaraciones de la madre, padre y hermana de la víctima que señalan, que ella no dio aviso sobre el abuso sexual que dice haber recibido por parte del médico de la institución, este* ***Tribunal es del criterio que ante una situación como la relatada debe primar lo que la víctima manifestó en sus testimonios****…"* (Énfasis agregado). Adviértase que la Coordinación de Educación Zonal 6 y el TDCA de Cuenca, que dentro del sumario disciplinario seguido a la señora Enma Buri Cuenca se considera al testimonio rendido por la menor J.A.C.A., como prueba plena y única para determinar la responsabilidad de la supuesta infracción disciplinaria cometida por la sumariada.

5.22. Esta Sala debe reiterar que el objeto de la controversia se centró en verificar si la señora Enma Buri Cuenca adecuó su conducta a la infracción disciplinaria tipificada en la letra bb) del art. 132 de la LOEI; situación que no versa sobre el análisis de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como erróneamente lo estableció la Coordinación de Educación Zonal 6 y el TDCA de Cuenca, estudio que resulta tangencial al caso *in examine*. Si bien el testimonio de la menor, respecto a si comunicó dicho abuso de connotación sexual a la docente Enma Buri Cuenca, forma parte del acervo probatorio que fue recabado en la instancia administrativa y que objeto de control en sede jurisdiccional, dicha prueba testimonial *per se* no puede ser considerada prueba plena y única por sobre los demás medios probatorios aportados al sumario administrativo. Como se ha venido insistiendo, en el presente caso no está en discusión los derechos de la menor sino la adecuación de la conducta de la funcionaria sumariada a la infracción disciplinaria.

5.23. Ahora bien, del análisis esbozado tanto al sumario administrativo como a la sentencia emitida por el TDCA de Cuenca se verifica que no se realizó un análisis integral de todas las pruebas aportadas por la sumariada, llevando a que se considere como prueba única el testimonio de la menor J.A.C.A. y sobre la base de dicha prueba testimonial y sin más, se llega a la conclusión de que la sumariada ha adecuado su conducta a la infracción disciplinaria; escenario que a todas luces transgrede el principio de inocencia que se encuentra envestido todo funcionario al que se sigue un procedimiento disciplinario.

5.24. Ahora bien, esta Sala revela que existe un acervo probatorio incompleto (insuficiencia probatoria), que llegue a destruir la presunción de inocencia de la sumariada; de tal manera que se desprende de la propia declaración de la madre de familia de la menor (fs. 710) manifiesta que su hija está siendo manipulada por la docente Julieta Lojano y que no es verdad que le haya comunicado a la docente Enma Buri Cuenca que ha sido objeto de un abuso sexual por parte del médico de la institución. Así también, se desprende del expediente administrativo varias pruebas que en nada conducen a comprobar si la docente Enma Buri Cuenca conocía el hecho de connotación sexual comunicada por la menor J.A.C.A.; por lo tanto, el Ministerio de Educación violento el principio

constitucional de inocencia que se encuentra revestida la sumariada, por consiguiente no ejerció adecuadamente la carga probatoria exclusiva de la Administración Publica en los procesos disciplinarios, conforme el análisis esgrimido por esta Sala en los numerales 5.6 a 5.12 *ut supra.*

5.25. Así las cosas, evidenciado las inconsistencias expresadas a lo largo de esta sentencia, frente a la ausencia probatoria y la existencia de **contraindicios** que no logran destruir la presunción de inocencia de la sumariada dan lugar a una duda razonable, como ya se ha explicado en los numerales 5.14 y 5.15 de la presente sentencia, por ello, a luz del principio del *in dubio pro disciplinado*, principio engarzado a la presunción de inocencia; si no se logra desvirtuar dicha presunción corresponde absolver a la sumariada, ratificando su estado de inocencia.

5.26. Conforme la pretensión establecida por la accionante en el libelo de su demanda, en la que solicita en sentencia se ordene la ilegalidad e ilegitimidad del acto administrativo impugnado, en concordancia con el principio dispositivo consagrado en el artículo 19 del COFJ y artículo 5 del COGEP que rigen en esta materia, es menester indicar que en varios fallos emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo respecto de los efectos de la nulidad e ilegalidad de los actos administrativos se ha pronunciado en el siguiente sentido: *"… **la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie**, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente. **Siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, se está ante un acto ilegal**; mas tal acto ilegal es nulo* únicamente *cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señalados por la ley correspondiente; es decir cuando, de acuerdo a la doctrina, no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo; el acto ilegal evidentemente existió, sólo que no es eficaz; en tanto que al acto nulo se lo reputa inexistente. Como consecuencia de ello, los efectos de la ilegalidad y de la nulidad son totalmente diferentes: cuando el acto es nulo, el considerar, en derecho, que* éste *no existió, implica la necesidad de otorgar al afectado por aquel acto nulo todos los valores que, por remuneraciones, debía recibir durante el lapso en que permaneció extrañado de sus funciones, como consecuencia de un acto inexistente; **en tanto que en el caso de la ilegalidad, al existir el acto, aunque con incapacidad de producir efectos, por su ilegalidad, no hay lugar al pago de tales remuneraciones…"*** (Resolución No. 2409, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial Serie XVIII, número 6, páginas 2312-2313). Por todas las consideraciones esgrimidas a lo largo de esta sentencia al haberse detectado que el acto administrativo impugnado fue emitido sin cumplir los requisitos esenciales conforme fue analizado, corresponde a esta Sala declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, esto es la resolución No. MINEDUC-CZ6-2018-00345-R, emitida dentro del sumario administrativo No. 12SADD01D04 y se ordena la restitución de la docente Enma Lucila Buri Cuenca a su puesto de trabajo que venía desempeñando antes de ser destituida, concediéndole, para el efecto, al Ministerio de Educación el término de cinco días. Dado que los efectos de la ilegalidad el acto administrativo son de carácter *ex nunc;* es decir, produce efectos desde el pronunciamiento y notificación de la presente sentencia no es procedente el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por la señora Enma Lucila Buri Cuenca, por la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y, por tanto casa la sentencia impugnada, expedida el 29 de noviembre del 2019, 08h45, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca; y conforme el artículo 273, numeral 3 ibídem, acepta parcialmente la demanda y declara ilegal el acto administrativo impugnado, en los términos señalados en el numeral 5.26 de esta sentencia. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *11804-2018-00274*
Resolución Nro. *591-2021*
Fecha: *viernes 23 de julio de 2021, las 08h54*

TEMA: Nulidad de acto administrativo.

ASUNTO

La ciudadana Martha Esther Reyes Coronel presenta una demanda en contra del Pleno del Consejo de Educación Superior (CES) y en contra de la Universidad de Loja, mediante un recurso subjetivo, en el cual solicita que se declare la nulidad de las resoluciones RPC-SO-13-No.191-2018 de 04 de abril de 2018 y RPC-SE-03-No.008-2018 de 16 de abril de 2018, expedidas por el Consejo de Educación Superior, que se le reintegre a su puesto en calidad de Vicerectora y Rectora (E) y se le cancelen las indemnizaciones que le corresponden por ley.

Entre los argumentos en que fundamenta su acción, señala que, si bien la Contraloría General del Estado, en el examen especial efectuado, determinó la existencia de responsabilidad administrativa culposa en su contra, no autorizó ni delegó al CES para que ejecute la destitución, sino que se limitó a poner en conocimiento de los miembros del CES la sanción impuesta, para que se ejecute cuando cause ejecutoria. Concluye expresando que, sin embargo de lo antedicho, la referida institución pública expidió la resolución RPC-SO-12-No. 191-2018 de 04 de abril de 2018, ordenando la ejecución de la sanción.

El Consejo de Educación Superior, en su contestación a la demanda, refiere que sus actuaciones estuvieron enmarcadas en lo dispuesto en los artículos 353 de la Constitución de la República del Ecuador, principio de legalidad, en concordancia con los artículos 166 y 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto de la notificación con la Resolución No. 38197 de 21 de marzo de 2018 expedida por la Contraloría General del Estado, que resuelve confirmar la responsabilidad administrativa culposa y la sanción de destitución en contra de la accionante. Refiere también el CES, dentro las excepciones planteadas, que no es el órgano emisor del acto administrativo de sanción de destitución, sino que, por ser uno de los organismos que regulan el sistema de educación superior, en virtud del proceso de intervención por el que atravesaba la Universidad de Loja y, en el ámbito de sus competencias, procedió a emitir la resolución RPC-SO-13-No.191-2018, mediante la cual requirió al Consejo Académico Superior de la UNL dé cumplimiento con el contenido de las resoluciones emitidas por la CGE.

La otra entidad demandada, la Universidad Nacional de Loja, expresa que la pretensión de la accionante es improcedente, por cuanto en su remoción se cumplió con el debido proceso. Sobre la petición de la actora para la indemnización de daños y perjuicios por su destitución, refiere la demandada que no es procedente, por cuanto la decisión para su destitución la efectuó el órgano competente, esto es, la Contraloría General del Estado, por lo que su remoción obedece a una medida urgente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 y 54 del Reglamento de Creación, Intervención y Suspensión de Universidades, gozando de legitimidad y ejecutoriedad por no haber sido impugnadas.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en la ciudad de Loja fija el objeto de la controversia en resolver sobre la procedencia de la declaración de nulidad de las resoluciones RPC-SO-13-191-2018 de 04 de abril de 2018 y RPC-SE-03-No.008-2018 de 16 de abril de 2018, expedidas por el Pleno del Consejo de Educación Superior.

Los jueces indican que, conforme lo establecido en el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 303 del Código Orgánico General de Procesos y artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, gozan del principio de impugnabilidad todas las resoluciones dictadas por la administración pública o tributaria, dentro de un procedimiento efectuado por otras autoridades e instituciones del Estado, - distintas de quienes ejercen jurisdicción -, en las que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos.

Sobre el objeto materia de la controversia, el tribunal señala que, si bien las resoluciones impugnadas cumplirían con algunas de las formalidades de un acto administrativo, su contenido denota que no lo son, conclusión a la que arriba por cuanto en realidad constituyen verdaderos actos de simple administración, siendo actos interorgánicos que no se encuentran dirigidos a la accionante, sino a otros órganos o dependencias administrativas, destinadas "a dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes a través de una instrucción", es decir, se encaminan a que otros órganos administrativos efectúen las acciones requeridas, sin que se requiera la intervención de la accionante, afectándola, de ser el caso, de manera indirecta.

Así, si bien las mentadas resoluciones fueron emitidas por el Consejo de Educación Superior, dirigidas al Consejo Académico Superior y a la Comisión Interventora y de Fortalecimiento Institucional (CIFI) y materializadas por la Universidad Nacional de Loja, en ningún momento se entró a analizar los hechos o las razones jurídicas por las cuales la Contraloría General del Estado resolvió declarar la responsabilidad civil y culposa, destituir y multar a la ahora accionante, por lo que no se encontraron elementos para considerarlas como un acto administrativo.

En ese sentido, los juzgadores ratifican que las resoluciones 38197 de 21 de marzo de 2018 y 0000196 DNRR de 06 de abril de 2018, emitidas por la Contraloría General del Estado, constituyen los auténticos actos administrativos que generarían efectos jurídicos individuales y directos, siendo estos los que efectivamente eran susceptibles de impugnación en sede jurisdiccional y, con estas consideraciones, el órgano jurisdiccional rechaza la demanda propuesta.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11804-2018-00274

Juez Ponente: Dr. Fabián Patricio Racines Garrido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, viernes 23 de julio de 2021, las 08h54.

VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

i. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, de 29 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.-

ii. Mediante Resolución No. 02-2021, de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.-

iii. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.-

iv. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha viernes 7 de mayo de 2021, a las 12:119 pm constante a fojas 31 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido (Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Milton Enrique Velásquez Díaz; e Iván Rodrigo Larco Ortuño; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.-

ANTECEDENTES

1.1 El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja (en adelante, **"TDCA" o "Tribunal de instancia"**, indistintamente) expidió la **sentencia**, el **jueves 31 de octubre de 2019**, las **11h37**, dentro de esta causa signada con el **No. 11804-2018-00274** promovido por la señora **Martha Esther Reyes Coronel**, en contra del Consejo de Educación Superior (en adelante, **"CES"**), de la Comisión Interventora y de Fortalecimiento Institucional para la Universidad Nacional de Loja (en adelante, **"CIFI-UNL"**) de la Universidad Nacional de Loja (en adelante, **"UNL"**) y del Procurador General del Estado, en la cual se resolvió que: *"Por las consideraciones anotadas y en cumplimiento de los deberes de los jueces y juezas que integramos los Tribunales Contencioso Administrativos, de administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, en aras de garantizar el derecho a la seguridad jurídica, 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, EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA, PROVINCIA DE LOJA, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza la demanda Sin costas ni honorarios que regular.- NOTIFÍQUESE.".*

1.2 Con fecha 7 de noviembre de 2019, a las 12h07, la actora presentó un recurso de aclaración de esta sentencia, que fue atendido y negado por el TDCA con fecha 14 del mismo mes y año, a las 12h17.

1.3 Con fecha jueves 2 de enero de 2020, a las 15h13, la actora presentó un recurso de casación de la sentencia y del auto de aclaración y ampliación, que fue calificado como oportuno por el Tribunal de instancia mediante auto de sábado 11 del mismo mes y año, a las 09h57.

1.4 Con fecha lunes 2 de marzo de 2020, a las 12h00, el doctor Miguel Angel Bossano Rivadeneira, en calidad de Conjuez Nacional dispuso que la casacionista aclare y complete su recurso de casación, situación que fue cumplida el lunes 9 del mismo mes y año, a las 16h53. Más adelante, el mismo Conjuez admitió el recurso de casación por el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante **"COGEP"**)

1.5 Con fecha viernes 25 de junio de 2021, a las 12h21, mediante auto de sustanciación, se convoca a los sujetos procesales a la audiencia de sustentación del recurso de casación que se realizará el día viernes 9 de julio de 2021, a las 09h00.

1.6 En el día y hora fijados para el efecto, se instaló la audiencia de sustentación del recurso de casación a la que comparecieron, por un parte, la recurrente, Martha Esther Reyes Coronel acompañada de su defensor técnico debidamente acreditado, quien fundamentó su recurso con base a la causal admitida a trámite; y, por otra parte, los representantes del CES y de la Procuraduría General del Estado. Luego de escuchar a las partes procesales, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante

la cual rechazó el recurso de casación interpuesto por la recurrente, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación:

II.-

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1 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 (en adelante **"COFJ"**); y, artículo 269 del COGEP.

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la **sentencia dictada el jueves 31 de octubre del 2019, las 11h37** por el TDCA ha incurrido en el yerro acusado por la **casacionista**; esto es, **la causal segunda del artículo del artículo 268 del COGEP** que refiere a: *"Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

2.3 La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).

2.4 También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).

III.-

ANÁLISIS DE LA CAUSAL SEGUNDA DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP EN CUANTO SE REFIERE A QUE LA SENTENCIA NO CONTENGA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY O EN SU PARTE DISPOSITIVA SE ADOPTEN DECISIONES CONTRADICTORIAS O INCOMPATIBLES ASÍ COMO, CUANDO NO CUMPLAN EL REQUISITO DE MOTIVACIÓN.

3.1 Del memorial de casación, se desprende que la recurrente acusa de la sentencia dos vicios, esto es, **cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles** y cuando el **fallo no cumple con el requisito de motivación**.

3.2 En cuanto se refiere a la primera, esto es, cuando la sentencia en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, Santiago Andrade Ubidia, en el libro "La Casación Civil en el Ecuador", recoge sentencias expedidas por la ex Corte Suprema de Justicia, que tienen el siguiente texto: *"Para dilucidar el tema, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en su fallo 558-999 dijo al respecto…Para analizar la causal quinta, ante todo es necesario dilucidar si la contradicción de la que puede adolecer una decisión judicial se da solamente en la parte dispositiva de la sentencia, o también en su parte considerativa. Puede sostenerse, en base a una interpretación puramente literal del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutiva del fallo. Es verdad que la letra del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación así parece disponer, pero la Sala estima que la correcta interpretación de esta norma es otra, más amplia, que incluye no solamente a lo expresado en la parte resolutiva sino también su fundamentación objetiva, al tenor de lo que dispone el artículo 301 [297] inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. Es decir, se debe realizar un análisis integral del fallo, y establecer si hay o no la debida armonía en él, relacionándolo unas partes con otras en búsqueda de su cabal sentido… La Sala reitera lo que expresó en fallo No. 292 de 13 de marzo de 1999, dictado dentro del proceso de casación No. 662-1995, publicado en el Registro Oficial No. 255 de 16 de agosto de 1999, en el sentido de que la correcta interpretación de la causal quinta impone analizar la resolución con su motivación, y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda."* (Andrade Ubidia, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 146)

3.3 El mismo Santiago Andrade Ubidia, sobre esta causal, nos enseña lo siguiente: *"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado."* (Santiago Andrade Ubidia, op. cit., pags. 137-138).

3.4 Por su parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su Resolución No. 271 de 19 de julio de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 418 de 24 de septiembre de 2001, señaló que: *"Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutiva. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ta del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando de los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutiva sino también a la parte motiva, pues entre la una y la otra existe una relación de causa y efecto y forman una unidad."*

3.5 Según la casacionista, en la sentencia dictada por el TDCA se han adoptado decisiones incompatibles y contradictorias, puesto que: *"… estos actos impugnados disponen que la sanción de destitución emitida por la Contraloría General del Estado, me refiero a la resolución 38197 ratificada mediante resolución 196 DNRR de 06 de abril de 2018, se cumpla de manera inmediata e irrestricta, esto respecto de la compareciente en calidad de vicerrectora de la Universidad Nacional de Loja; entonces, si estos actos fueron emitidos por el Consejo de Educación Superior para cumplir y ejecutar una resolución de destitución sin efectos jurídicos en firme y ejecutoriados por la impugnación judicial previa, no cabe la duda razonable que los actos impugnados si causaron efectos jurídicos directos, pues, producto de su emisión y de forma inconstitucional, se encargó el vicerrectorado de la Universidad Nacional de Loja, materializándose así la ejecución de mi destitución a través de los actos impugnados."*

3.6 Más adelante, la recurrente continúa su argumentación sobre la incompatibilidad de las

decisiones tomadas por el TDCA, bajo la siguiente reflexión: *"…pero el Tribunal se olvida analizar que los actos administrativos impugnados son precisamente los que disponen que los entes notificados procedan a ejecutar de manera inmediata e irrestricta la materialización de la destitución, pese a encontrarse con efectos suspendidos; también posteriormente encarguen el vicerrectorado que hasta antes de la emisión de los actos lo ejercía la actora; entonces, si los actos impugnados hacen ejecutar y colocar otra vicerrectora de la Universidad Nacional de Loja en lugar de la actora, es por demás lógico concluir que los mismos causan efectos jurídicos directos y que la principal involucrada, es decir la actora, debía ser notificada con* [sic] *el emisión de los mismos, pues con la ejecución de los actos impugnados se la desplaza de su cargo; y, al no haber sido notificados en forma personal los actos impugnados no tienen efectos jurídicos y en consecuencia son nulos; sin embargo, insisto en que la decisión del Tribunal en sostener que son actos de simple administración es incompatible con su propios análisis previo, respeto de los efectos jurídicos de los actos impugnados."*

3.7 En virtud de esta argumentación, la casacionista concluye que: *"En el caso en análisis se encuentra probada la adopción de decisiones contradictorias, pues las premisas no tienen coherencia con la conclusión así como también con la decisión toda vez que el fallo rechaza la demanda por considerar que los actos impugnados son de simple administración, sin embargo, señala e indica las acciones que dispone los actos impugnados e incluso señala las consecuencias de los mismos, en otros palabras, señala los efectos jurídicos que implicó la ejecución de los actos impugnados respecto de la accionante."*

3.8 La sentencia del TDCA, en el apartado de "Motivación de la decisión" señala que: *"**7.1.** Conforme consta del escrito de demanda y de la prueba practicada en audiencia, a la hoy accionante, la Contraloría General del Estado ha procedido a emitir las resoluciones Nro. 38197 del 21 de marzo de 2018 y 0000196 DNRR del 06 de abril de 2018, mediante las cuales se confirma a la ahora actora, la responsabilidad administrativa culposa, le impone la multa de USD$ 7.500,00 y la sanción de DESTITUCIÓN, en calidad de Vicerrectora y Rectora Subrogante de la Universidad Nacional de Loja. Conforme se puede advertir de la parte resolutiva de los referidos actos administrativos, éstos de manera incuestionable causan perjuicio de manera directa y afectan los intereses particulares de la ahora actora; debiéndose resaltar también el hecho de que no han sido impugnados en la presente causa, pero sí en la causa No. 11804-2018-00118 que sigue la ahora accionante en contra de la Contraloría General de Estado, conforme lo afirma la propia actora en el numeral 6.7. del libelo de su demanda (fs. 65 vta.)."*

3.9 Por su parte, el Tribunal de instancia señala que: *"Bajo esta premisa, resulta necesario referir que las Resoluciones emitidas por el CES y que han sido objeto de impugnación contienen, conforme se puede advertir en los subnumerales 6.3. y 6.4. de este fallo, en su parte resolutiva, aquellas disposiciones por las cuales se dan por conocidas las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado, resoluciones que conforme se ha hecho referencia son aquellas que confirman la responsabilidad administrativa culposa e imponen la sanción pecuniaria y la destitución -efecto este último que la accionante pretende hacer cesar con la presente acción-, y también dan por conocidos los informes jurídicos emitidos por la Procuraduría del propio Consejo de Educación Superior; así también disponen a otros órganos y servidores administrativos como el Consejo Académico Superior, Comisión Interventora y de Fortalecimiento Institucional para la Universidad Nacional de Loja y Secretario General de la Universidad Nacional de Loja den cumplimiento con las disposiciones contenidas en las mismas."*

3.10 Por otra parte, el Tribunal de instancia también se refiere al contenido de las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado en cuanto se refiere a su alcance, en los siguientes términos: *"Se debe advertir incluso que en las Disposiciones Generales se dispone notificar con el contenido de la citada resolución a diferentes servidores, entidades y órganos administrativos, sin considerarse a la hoy actora; es decir, la accionante no es siquiera nombrada en la parte resolutiva ni disposiciones generales de los actos objeto de impugnación, pues no están dirigidos a la ahora demandante; otro aspecto a considerar es que tampoco se hace referencia ni se entrega instrucción puntual de cómo los órganos a quienes se encuentra dirigido deben cumplir con lo dispuesto por la Contraloría General del Estado."*

3.11 Después de hacer una amplia referencia a la doctrina, en cuanto se refiere a los elementos del acto administrativo, el TDCA señala que: *"Conforme se hizo referencia el origen de las actuaciones del CES se encuentra en las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado, en ningún*

momento en las actuaciones del CES se entra a analizar los hechos o las razones jurídicas por las cuales la Contraloría General del Estado resolvió destituir y multar a la ahora accionante, por lo que no se encuentra elementos para considerarlo como un acto administrativo. Por otra parte, las resoluciones impugnadas tampoco cumplen con la exigencia sine qua non de todo acto administrativo, que es la producción de efectos jurídicos de forma DIRECTA, en vista que dichos actos no se encuentran dirigidos al accionante sino a otros órganos o dependencias administrativas, en vista de que las disposiciones del CES se encuentran destinadas "a dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes a través de una instrucción", es decir se encaminan a que otros órganos administrativos efectúen las acciones requeridas sin que se requiera la intervención de la accionante; afectándola, de ser el caso, de manera indirecta, pues requeriría la emisión de otros actos o actuaciones administrativas de los órganos requeridos. En el presente caso es evidentemente que los efectos de las actuaciones impugnadas son indirectos respecto a la accionante. De lo expuesto en líneas precedentes se comprende que no se haya requerido notificar a la accionante con dichas actuaciones del Consejo de Educación Superior."

3.12 En la especie, esta Sala Especializada observa que la casacionista no ha realizado un análisis que demuestre la incongruencia o inconsistencia acusadas en el fallo impugnado. Su argumentación parte de la premisa de considerar a las resoluciones del CES como actos administrativos productores de efectos jurídicos directos en contra de la ahora recurrente; y, en esa línea, la casacionista, en el libelo de la demanda, pide al TDCA que declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones: RPC-SO-13-No. 191-2018 de 4 de abril de 2018 y RPC-SE-03 No.008-2018 de 16 de abril de 2018, expedidas por el Pleno del CES. Sin embargo, es importante señalar que las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado (actos administrativos que no han sido impugnados en este proceso) son aquellas que han generado efectos jurídicos individuales y directos, cuando se le impuso a la ahora recurrente la multa por la cantidad de USD. 7.500, 00 y la sanción de destitución en calidad de Vicerrectora y Rectora Subrogante de la Universidad Nacional de Loja.

3.13 En este sentido, esta Sala Especializada encuentra que la sentencia cuestionada no se contradice entre sí, puesto que el TDCA toma como punto de partida para resolver esta causa, las resoluciones No. 38197 del 21 de marzo de 2018 y 0000196 DNRR del 6 de abril 2018 mediante las que se confirma la responsabilidad administrativa culposa a la señora Martha Esther Reyes Coronel, se le impone la multa de USD 7.500 y la sanción de destitución en calidad de Vicerrectora y Rectora Subrogante de la Universidad Nacional de Loja; en consecuencia, se puede advertir, con toda claridad, que dichas resoluciones son aquellas que causan, de manera directa y de forma individual, el perjuicio a la casacionista, tanto es así que dichas resoluciones han sido impugnadas en sede judicial dentro de la causa No. 11804-2018-00118, cuya actora es la señora Martha Esther Reyes Coronel y la demandada es la Contraloría General del Estado. Ahora bien, dichas resoluciones debían cumplirse, y para conseguirlo, el CES tomó conocimiento y emitió las resoluciones que ahora se impugnan y que están dirigidas a distintos órganos y servidores administrativos con la finalidad que den cumplimiento con las disposiciones contenidas en las mismas y procurar la plena ejecución de las resoluciones dictadas por la Contraloría General del Estado. Las resoluciones emitidas por el CES no constituyen actos administrativos, puesto que no generan efectos jurídicos individuales y de forma directa, su función es la de viabilizar el cumplimiento de la decisión constante en las resoluciones de la Contraloría General del Estado, que no debió ser notificada a la ahora recurrente, característica propia de los actos de simple administración.

3.14 Esta Sala Especializada no encuentra que la sentencia en sus partes dispositiva y resolutiva contenga contradicciones o sean incompatibles. En consecuencia, el recurso no puede prosperar, por este extremo.

3.15 Por otra parte, del memorial de casación, se observa que la casacionista acusa de la sentencia el otro vicio señalado en la causal segunda del artículo 268 del COGEP, esto es, cuando el fallo no cumple con el requisito de motivación.

3.16 Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia No. 024-16-SEP-CC de 27 de enero de 2016, dentro del caso No. 1630-11-EP señaló que: *"De esta forma, dentro del marco constitucional vigente, la motivación abarca tres ámbitos: el primero, referido a su establecimiento como una garantía fundamental del derecho al debido proceso, cuya protección debe ser asegurada; el segundo,*

como un requisito sustancial de las decisiones públicas, dentro de las cuales se incluyen las decisiones judiciales, a efectos de que las mismas se encuentren debidamente justificadas; y, finalmente, el tercero, como una obligación de las servidoras y servidores públicos, con el objeto de evitar la arbitrariedad en el actuar público."

3.17 Para sostener su alegación, la recurrente señala que en la sentencia recurrida hay falta de motivación puesto que no cumple con el requisito de lógica: "*toda vez que los análisis previos o premisas no se relacionan con la decisión final, pues el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, por un lado admite que los actos impugnados llevan consigo la decisión y voluntad del Consejo de Educación Superior en ejecutar acciones que van en contra de los derechos de la actora en calidad de vicerrectora de la Universidad Nacional de Loja, incluso que ni siquiera fueron notificados los mismos a la accionante*". La casacionista advierte la falta de lógica con el siguiente análisis: *"pero, finalmente resuelve negar la demanda, por cuanto el Tribunal considera que los actos de simple administración y no causan efectos jurídicos directos; en consecuencia, al reconocerse que los actos impugnados si afectaron derechos subjetivos al separar a la compareciente como vicerrectora de la Universidad Nacional de Loja y que estos ni siquiera fueron notificados a la misma, es fácil concluir que los actos impugnados no son simples actos de administración, sino verdaderos actos administrativos que generan consecuencias jurídicas directas a la accionante."*

3.18 Sobre esta misma cuestión, la recurrente señala que: *"…alego que en la sentencia recurrida no se enuncia ni una sola norma jurídica en la cual le permita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario de Loja llegar al convencimiento sobre la competencia constitucional y legal para emitir actos administrativos tendientes a ejecutar una resolución de Contraloría General del Estado, siendo así la sentencia no se encuentra motivada…"*

3.19 Esta Sala Especializada observa que la argumentación de la casacionista para sostener este yerro es el mismo que utilizó para alegar que la sentencia cuestionada adopta decisiones contradictorias o incompatibles; en consecuencia, se rechaza esta alegación de conformidad con lo indicado en los numerales 3.12 y 3.13 de esta sentencia.

3.20 En cuanto se refiere a la alegación de falta de competencia del Pleno del CES para emitir actos administrativos tendientes a ejecutar una resolución de Contraloría General del Estado, esta Sala Especializada, y como ya lo ha hecho en líneas anteriores, comparte el criterio del Tribunal de instancia en cuanto se refiere a que el CES se limitó a cumplir con los actos administrativos contenidos en la resoluciones de la Contraloría General del Estado, a través de la emisión de actos de simple administración que, por su naturaleza jurídica, no deben ser notificados a los administrados.

3.21 Por estas consideraciones, y en virtud de la motivación esgrimida a lo largo de esta sentencia, se rechaza la causal segunda del artículo 268 del COGEP que ha sido alegada por la casacionista.

IV.-

DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada 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** resuelve no aceptar el recurso de casación interpuesto por la señora Martha Esther Reyes Coronel; y, en consecuencia, no casa la sentencia emitida el jueves 31 de octubre de 2019, las 11h37, dentro de la causa signada con el No. 11804-2018-00274.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la Acción de Personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dr. Milton Velásquez Diaz, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL.

V

Juicio Nro. *09801-2012-0673*
Resolución Nro. *709-2021*
Fecha: *viernes 3 de septiembre del 2021, las 14h56*

TEMA: Ilegalidad y nulidad del acto administrativo.

ASUNTO

DURAGAS S.A. presenta una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva en contra del ministro de Recursos Naturales No Renovables, Director Nacional de Hidrocarburos y del Procurador General del Estado. En su demanda impugna la Resolución del 29 de enero de 2009, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburos, que en lo medular resolvió que la compañía actora incumplió lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 2282, imponiéndole a DURAGAS S.A. la multa de USD 600, por no tener una balanza con certificación INEN. De igual forma, impugna la negativa del recurso de revisión, emitida por el Ministro de Recursos Naturales No Renovables.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil señala que ni la parte accionante ni las entidades accionadas presentaron una solicitud de reproducción documental, pericial o testimonial, susceptibles de valoración probatoria, por lo que, debido a la omisión de presentar medios probatorios durante la etapa respectiva, los cargos efectuados por el accionante constituyeron meros enunciados.

Los jueces refieren que no se cumplió lo establecido en el primero y segundo inciso del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según su artículo 77, sobre la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el accionado, por lo que no se ha demostrado la existencia de la tesis formulada en la demanda, consecuentemente, se la niega.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09801-2012-0673

Juez Ponente: Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, viernes 3 de septiembre del 2021, las 14h56.

VISTOS: Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

i. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional.

ii. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero del 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, de 29 de enero de 2021; el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.

iii. Mediante Resolución No. 02-2021 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus

atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

iv. Conforme el acta de sorteo realizado el día 2 de junio del 2021, constante a foja 11 del expediente, el tribunal competente para conocer este recurso de casación se encuentra conformado por los jueces nacionales: Milton Velásquez Díaz en calidad de ponente, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

v. En virtud de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal que suscribe la presente causa tiene potestad jurisdiccional y competencia para resolver el presente recurso acorde al numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y del artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera:

I. Antecedentes

1.1 El 26 de julio del 2012, DURAGAS S.A., presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva en contra del ministro de Recursos Naturales No Renovables (hoy ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables), Director Nacional de Hidrocarburos (hoy Agencia Nacional de Regulación y Control Hidrocarburífero) y del Procurador General del Estado. En su demanda impugnó la Resolución del 29 de enero del 2009, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburas, así como la Resolución de 21 de marzo del 2012, pronunciada por el Ministro de Recursos Naturales No Renovables. La Resolución de 29 de enero del 2009 resolvió imponer una multa de USD 600 a la compañía DURAGAS S.A. Como pretensión solicitó la declaratoria de ilegalidad de las resoluciones previamente enunciadas y, por consecuencia, se deje sin efecto los actos administrativos, así como la sanción impuesta. El conocimiento de dicha causa le correspondió al Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

1.2 Mediante sentencia de 2 de septiembre del 2019, las 15h51, el referido tribunal decidió declarar sin lugar la demanda propuesta por DURAGAS S.A. Mediante escrito de 6 de septiembre del 2019, el demandante solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, misma que fue negada con fecha 6 de enero del 2020, por no existir "*elementos que coadyuven a viabilizar lo solicitado*" en razón de que "*la sentencia emitida… contiene la motivación correcta y suficiente*".

1.3 Con escrito de 9 de enero del 2020, las 08h34, DURAGAS S.A. por medio de sus apoderados, presentó recurso de casación contra la sentencia, apoyándose en las causales primera, cuarta y quinta de la Ley de Casación.

1.4 Mediante auto de 13 de enero del 2020, las 08h54, el tribunal calificó de oportuno el recurso y dispuso que el expediente se eleve a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.5 Con auto de fecha 27 de enero del 2021, las 09h24, el Conjuez Nacional Miguel Bossano dispuso la admisión del recurso de casación respecto la causal primera, por falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE y respecto la causal cuarta, por vicio *citra petita*.

II. Validez procesal

2.1 Al presente recurso se le ha dado el trámite previsto por la ley de la materia. No se observa del expediente circunstancia alguna que pueda afectar la validez procesal. En consecuencia, se declara la validez del mismo.

III. Consideraciones de este tribunal

3.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto se considera que las causales invocadas y admitidas son las contenidas en el numeral primero y cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE y por el vicio de incongruencia: *citra petita*.

Argumentos de la recurrente

3.2 El recurrente ha alegado el vicio de incongruencia *citra petita*, pues considera que en la sentencia no se resolvió respecto la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, oportunamente alegada como pretensión en su acto de proposición. En razón de ello, alega, adicionalmente, la falta de aplicación de la disposición jurídica contenida en el artículo 197 del ERFAJE, que dispone:

Art. 197.- Prescripción

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.

2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del

procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.
3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Análisis de la causal contenida en el numeral cuarto de la Ley de Casación por por cuanto se resolvió en la sentencia aquello que no fue materia del litigio o se omitió resolver en ella todos los puntos de la litis.

3.3 La incongruencia, según la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: i. cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); ii. cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, iii. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

3.4 En este orden, cuando se analiza este cargo casacional, el tribunal deberá observar la "*inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones previas*" [Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolivar, 2005) 147].

3.5 Criterio similar ha sido el de nuestra jurisprudencia cuando ha señalado que:

> *"[E]l Tribunal de Casación ha de realizar el cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, para de allí concluir si el fallo casado se halla conforme con tal contenido o si, por el contrario, hay incongruencia"* [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de enero del 2001. R.O. No. 289. 21/marzo/2001, pág. 38].

3.6 En el presente caso, el recurrente ha optado por el vicio de *citra petita*, que según el tratadista Jorge Cardozo, acaece cuando "*se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones*" [Jorge Cardoso, *Manual Práctico de Casación Civil* (Bogota: Temis, 1984] 84]. En tal medida, esta Sala procede al análisis del contenido de la demanda propuesta por DURAGAS S.A. y el contenido de la sentencia emitida por el tribunal de instancia, en orden de establecer si en la especie el tribunal ha incurrido en el vicio acusado.

3.7 El recurrente indica que "*los jueces omitieron pronunciarse sobre [la] alegación expresa de prescripción de la facultad sancionadora de la administración*", misma que fue solicitada en el escrito de la demanda presentada por DURAGAS S.A.

3.8 Del acto de proposición, se observa que el accionante alega la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, como una de las pretensiones de su demanda (considerando IV, letra a).

3.9 De otro lado, la sentencia recurrida fundamenta su negativa en el hecho de que el demandante no presentó el escrito de prueba en el momento procesal oportuno y, por consiguiente, "*al no existir documentos susceptibles de valoración judicial en mérito del defecto que ha sido identificado, esto es, el no incorporar documentos solemnes originales o copias debidamente certificadas dentro de la etapa determinada… los juzgadores nos encontramos frente a la imposibilidad física de realizar ejercicios de valoración… [debido a que] los cargos efectuados por el accionante constituyen meros enunciados*" [Considerando OCTAVO de la sentencia, juicio No. 09802-2012-00673]

3.10 Lo previamente aducido, permite advertir que efectivamente los jueces del tribunal *a quo* dejaron de resolver la pretensión de prescripción de la facultad sancionatoria de la Administración, oportunamente solicitada por el demandante, motivando su decisión final en la falta de prueba introducida por la parte accionante.

3.11 En este orden, respecto la falta de prueba alegada por el tribunal, esta Sala considera lo siguiente:

3.12 El artículo 34 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa disponía expresamente:

> "*El demandando tendrá el término de quince días para contestar la demanda y proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido. El mismo término concederá el Tribunal al funcionario o empleado, que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo, para que lo remita*"

3.13 De ello, se deduce que fue obligación de los

juzgadores solicitar el expediente a la Administración; y, viceversa, obligación de la Administración remitir el expediente al tribunal.

3.14 Bajo esta consideración, la existencia del expediente resulta una incorporación en bloque de todo lo actuado en vía administrativa, lo que se traduce en que todas las alegaciones que hayan sido realizadas en el procedimiento administrativo, quedan incorporadas al proceso [Efraín Pérez, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano* (Quito: CEP, 2015) 172]; en donde se incluyen, por supuesto, el o los actos administrativos impugnados por el administrado.

3.15 Ahora bien, respecto la valoración judicial de esta prueba, según enseña la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo y especialmente en el caso No. 11804-2018-00458:

> *"[El] expediente administrativo y la resolución administrativa, son elementos sobre los cuales los Tribunales Distritales deben ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de la administración pública; por lo que constituyen elementos de prueba dinámica que debe ser proporcionada por la Administración emisora de la resolución que es materia de la impugnación judicial, ya que ella es la que está en poder de esa información documental que debe ser valorada de oficio, para de esta manera tutelar los derechos de los administrados, haciendo el control de la legalidad de la actividad pública…"* [CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, 21 de junio del 2021, juicio No. 11804-2018-00458, párrafo 8.1.1]

3.16 Por consiguiente, al encontrarse incorporado el expediente administrativo de forma lícita y oportuna (fojas 143 a 176 del proceso de instancia), el tribunal debió valorar esta prueba en orden de resolver las pretensiones aducidas por el administrado. Valga mencionar, además, que la declaratoria de nulidad del proceso se dio desde la foja 193 en adelante y, en consecuencia, no afectó al expediente administrativo.

3.17 En mérito de lo expuesto, toda vez que el tribunal *a quo* no resolvió una de las pretensiones aducidas por el accionante en la parte dispositiva de su sentencia, esta Sala considera que se configuró el vicio de incongruencia -*citra petita*- invocado por el recurrente en su recurso de casación y, en virtud de lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se casa la sentencia y se emite en su lugar la sentencia de méritos bajo las consideraciones que más abajo se detallan.

IV. Sentencia de mérito

4.1 Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

4.2 Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación:

> (…) *cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27].

4.3 En vista que se ha verificado la configuración de una de las causales de casación y que, por tanto, se debe dictar una sentencia sustitutiva, este tribunal abarcará el análisis de la demanda, contestación y la valoración de la prueba para el efecto.

Demanda

4.4 DURAGAS S.A. pretende que se deje sin efecto la Resolución de 29 de enero del 2009, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburos (actual Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero), y la Resolución de 21 de marzo del 2012, emitida por el ministro de Recursos Naturales No Renovables (hoy ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables).

4.5 El fundamento de su demanda se desarrolla bajo los siguientes puntos: prescripción, caducidad del procedimiento penal administrativo, nulidad de pleno derecho, aceptación tácita del recurso de revisión, falta de motivación de los actos administrativos impugnados, ausencia de infracciones e insuficiencia de tipicidad, ausencia del principio de legalidad en el proceso penal administrativo y, por último, imposición de penas no previstas en la ley y graduación discrecional de las mismas.

4.6 Toda vez que las pretensiones y argumentos aducidos por el accionante tienen un orden lógico, esta Sala seguirá esta dinámica para resolver el presente caso. Por consiguiente, únicamente de ser

pertinente, analizará los argumentos pormenorizados que constan en la demanda.

i. Contestación del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables

4.7 En su contestación a la demanda, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables se excepcionó con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

4.8 En este marco, señaló que no es posible discutir la existencia de la infracción cometida, toda vez que la conducta se encontró determinada en el artículo 52 del Decreto Ejecutivo No. 2282, sancionada mediante el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos y observando lo previsto en el artículo 202 del ERJAFE, en ejercicio de su potestad sancionadora. De igual forma, sostiene que las resoluciones han sido dictadas por el órgano competente en razón del territorio, tiempo y materia, y su contenido no es contrario al ordenamiento jurídico; observando el derecho a la defensa y debido proceso.

4.9 Por último, alega falta de derecho de la actora para proponer la demanda en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables.

4.10 Por lo expuesto en su demanda, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables solicitó se rechace la demanda por ilegal, improcedente y carente de fundamentos.

i. Consideraciones de la Sala

i. Prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

4.11 El accionante alega la prescripción, sustentando su argumento en el hecho de que los principios del Derecho penal, le son aplicables al Derecho administrativo sancionador y, en consecuencia, cabe la aplicación de la prescripción de las contravenciones penales.

4.12 En orden de resolver los argumentos planteados por el accionante, es menester analizar la normativa respecto la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, que correspondió a la época de los hechos sancionados.

4.13 El ámbito de aplicación del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) comprendía a los ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos [ERJAFE, art. 2, letra b)]. Por lo tanto, la Dirección Nacional de Hidrocarburos, debió aplicar este cuerpo normativo, de manera subsidiaria a la Ley de Hidrocarburos.

4.14 Mediante Decreto Ejecutivo No. 3389, publicado en el Registro Oficial 733 de 27 de diciembre del 2002, se incorpora el Libro II, del Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, en el cual se agrega el artículo 197 al ERJAFE, que disponía:

> ***Art. 197***.- *Prescripción.*
> *1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.*
> *2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.*
> *3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.*

4.15 Sin embargo, las conductas sancionadas a DURAGAS S.A. ocurrieron el 23 de julio del 2002, fecha en la cual no se encontraba vigente la disposición previamente señalada. En razón de ello, por principio de legalidad, no cabe la aplicación de esta norma en el caso concreto. Cabe advertir que en el caso concreto no podría ser aplicable el principio de favorabilidad, dado que la disposición no se encontró vigente en el ERJAFE a la fecha del cometimiento de la infracción.

4.16 No obstante, a pesar de que el instituto de la prescripción carecía de expresa regulación dentro del ERJAFE a la fecha de la infracción presuntamente cometida por DURAGAS S.A., es necesario recordar que el derecho administrativo es, históricamente, un derecho *in fieri* (en formación) a partir de postulados del derecho común. Es por ello que corresponde verificar si es posible la aplicación de los principios y garantías provenientes del Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador.

4.17 Sobre este tema, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen que al existir una coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico -Derecho penal y Derecho administrativo

sancionador-, la consecuencia más visible es que parte de los principios y garantías del Derecho penal, se apliquen a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que sean compatibles [*Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2017)115-117].

4.18 De igual manera, en líneas generales, la jurisprudencia internacional ha admitido la aplicación de las garantías del proceso a las infracciones administrativas, por analogía entre el proceso penal y el administrativo sancionador. Bajo este escenario, cierta jurisprudencia española indica que las garantías y los principios informadores del orden penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado [RTC 1981, 18 citada por Idoya Arteagabeitia y Mariano Herranz, "El procedimiento Administrativo Sancionador Tipo: Ámbito de aplicación". En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 355].

4.19 Empero, la extrapolación de los principios y garantías del Derecho penal no puede ser absoluta e inmediata, sino que deberá observar si la naturaleza del procedimiento administrativo lo permite, y en caso de hacerlo, qué principios y en qué medida. De ello resulta, que ante el catálogo indefinido -parcialmente- de principios reguladores del Derecho penal, es el órgano jurisdiccional el encargado de realizar estas valoraciones en el caso concreto, de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica.

4.20 En este contexto, si aceptamos que ciertos principios y garantías reguladoras del Derecho penal, le son aplicables al Derecho administrativo sancionador; debemos aceptar, con sus claras limitaciones, que por lo menos puedan ser aplicados los previamente normativizados en la Constitución y la ley penal, ante el silencio expreso del ordenamiento jurídico en materia administrativa. Ello no obsta a que, a pesar de encontrarse reconocidos, estos sean incompatibles e inadecuados respecto el Derecho administrativo sancionador.

4.21 Bajo estas consideraciones, cabe analizar la pertinencia de la aplicación de la prescripción del ejercicio de la acción, como garantía del procedimiento penal, en el derecho administrativo sancionatorio.

4.22 El fundamento de la existencia de la prescripción, históricamente, ha tenido dos vertientes. El primero, se entiende como obstáculo procesal para su persecución; y el segundo, más bien como extinción jurídico material del ilícito y de la pena [Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012) 535]; que tiene relación con la renuncia del Estado a perseguir la infracción o, a su vez, el impedimento en la persecusión del delito por razones de interés social, de orden público o de política criminal.

4.23 Lo cierto es que actualmente, podemos decir que la prescripción busca que, luego de un determinado tiempo, por razones de orden social, se limite la incertidumbre de las relaciones jurídicas existentes y por ello, su persecución.

3.24 Al margen de la extrapolación de estos principios penales, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado el fundamento de la prescripción en materia administrativa sancionatoria; y como se podrá advertir, tiene su base en la prescripción de naturaleza penal; con matices y diferencias.

3.25 En este sentido, según Alejandro Nieto, la jurisprudencia ha encontrado justificaciones en la existencia de la prescripción en razón de: a. la comparación con las faltas y delitos; b. por necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción; o, c) porque cuando pasa cierto tiempo, se carece de razón para el castigo; pues al modificarse el tiempo, la adecuación entre el hecho y la sanción desaparece [Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012) 539].

3.26 En sentido similar, Calvo y Herranz han reconocido una fundamentación dual de este instituto. Desde el punto de vista de los administrados, responde a un criterio de seguridad jurídica, que garantiza que los ciudadanos no queden indefinidamente sometidos al *imperium* de la Administración y conozcan, por otro lado, el momento en que no serán sancionados [Lucía Calvo y Mariano Herranz, "Las formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 520]. Asimismo, Fernández Montalvo, sobre el mismo punto, indica que la seguridad jurídica se traduce en la exigencia de una cierta continuidad temporal entre la comisión de la infracción y la imposición de la sanción [*Potestad sancionadora de la Administración* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020) 70].

4.27 Por otro lado, desde el punto de vista de la Administración, se fundamenta en el principio de

eficacia administrativa, que exige el establecimiento de periodos cortos de tiempo que permitan la reacción inmediata de la Administración [Lucía Calvo y Mariano Herranz, "Las formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 520]; o, desde otro punto de vista, como indica Baca Oneto: "*en la eficacia de su actuacion que exige dedicar su atención a las infracciones actuales y no tanto a las pasadas, para optimizar sus recursos*" ["La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley de Procedimiento Administrativo General", *Derecho y Sociedad* 27 (2011): 263-274].

4.28 De acuerdo con lo expuesto, se puede advertir la importancia de esta garantía en el Derecho penal, y en cuanto el Derecho administrativo sancionador se fundamenta en los principios penales, se le debe reconocer la aplicación de la prescripción en los procesos sancionatorios, en garantía del derecho a la seguridad jurídica y en orden de las razones de interés general y de orden público aportadas principalmente por la rama penal. Claro está, como se pudo advertir del presente esbozo de criterios, que actualmente la prescripción en materia administrativa sancionadora ha desarrollado, bajo el cobijo del Derecho penal, razones propias, tales como la eficacia de la Administración.

4.29 En virtud de ello, si bien la prescripción no se encontró regulada por el ERJAFE al momento del cometimiento de la presunta infracción, esta Sala considera que se debió observar esta garantía en el desarrollo del procedimiento administrativo. Este criterio se sujeta principalmente en que i. los principios y garantías del proceso penal pueden aplicarse en el proceso administrativo sancionador -con sus matices-; ii. la prescripción resulta ser una garantía necesaria respecto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ya por razones de política criminal, interés social y/o seguridad jurídica; y ello, a su vez, secunda en que iii. la institución sea compatible con la naturaleza del procedimiento administrativo.

4.30 Una vez reconocida la aplicación de la prescripción en el derecho sancionador administrativo, cabe analizar el tiempo de prescripción que debió utilizarse en el caso concreto, considerando el silencio expreso de la ley.

4.31 Parecería, en principio, que el silencio de la ley en materia de prescripción de las infracciones administrativas resulta un tema aislado. Sin embargo, la solvencia y, sobre todo, la capacidad de abarcar la mayoría de las situaciones jurídicas ha sido un trabajo histórico. Actualmente, podemos decir que este problema ha sido superado por el Código Orgánico Administrativo; no obstante, no ocurrió lo mismo en el tiempo del cometimiento de la infracción, ni aún, con el contenido del ERJAFE.

4.32 Sobre este problema, se ha discutido en el sentido de qué materia entraría a colmar el silencio de la ley. Este desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial, pues en virtud de lo previsto en el artículo 18, núm 7 del Código Civil: "*a falta de ley, se deberá aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal*".

4.33 En este orden, la ausencia de un régimen general de prescripción de las infracciones administrativas produjo necesariamente un desarrollo jurisprudencial. Por ejemplo, para satisfacer esta problemática, la jurisprudencia española desarrolló dos lineas de interpretación: Por un lado, debía estarse al plazo previsto en el Código Penal para las faltas, que era de 2 meses; y, según la otra, había que acudir a la misma norma, pero diferenciando entre graves, muy graves y leves [Fernández Montalvo, *Potestad sancionadora de la Administración* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020) 70]. No faltaron, por lo demás, aquellas interpretaciones respecto la aplicación del Derecho civil; pero que a la final terminaron superadas por los criterios penales, hasta su efectiva regulación.

4.34 Para sustentar el criterio de aplicación del Código Penal, de acuerdo con la paráfrasis de Lucia Calvo y Mariano Herranz, la jurisprudencia estimó que:

> *"[L]a existencia de un concepto ilícito comprensivo tanto del penal como del administrativo, permitía aplicar, en defecto de disposición administrativa, el plazo de prescripción… dispuesto por la legislación de faltas"* [524 RJ 1971, 1291 por Lucía Calvo y Mariano Herranz, "Las formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 524]

4.35 A todo esto, se debe sumar que el Derecho sancionatorio tiene su fundamento en el Derecho penal y, como se ha desarrollado en la presente sentencia, los principios y garantías de este pueden ser utilizadas en la medida en que sean adecuadas y compatibles con el proceso administrativo

sancionatorio.

4.36 Bajo esta consideración, esta Sala encuentra adecuado suplir la falta de ley, en aplicación de los principios del Derecho penal, habiéndose determinado principalmente que el Derecho administrativo sancionador se fundamenta en los principios de orden penal, reconociéndose especialmente a la prescripción; y debido a que la infracción penal y administrativa son material y sustancialmente idénticas, pues ambas son el reflejo del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y persiguen la tutela de bienes jurídicos -con sus matices-, y por ello, en no pocas ocasiones, aquello no sancionado mediante el Derecho penal, se puede sancionar mediante el Derecho administrativo sancionador.

4.37 Por consiguiente, el tiempo de prescripción adecuado para las infracciones administrativas resulta ser el previsto para las contravenciones, en orden de garantizar el principio de legalidad y principio de proporcionalidad; de modo que no resulta coherente aplicar la prescripción de los delitos -de acción pública o privada-, cuando estos son por naturaleza mayormente lesivos del orden social. Igualmente, no se consideran otros plazos de prescripción en aras de garantizar el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, pues las infracciones presuntamente cometidas por DURAGAS S.A. no tuvieron una gradación -leves, graves, gravísimas- y mal haría este tribunal interpretar dicha graduación, que en todo caso podría tener consecuencias en la arbitraria aplicación de los plazos de prescripción previstos en la ley penal para casos análogos.

4.38 Por último, cabe referirse al criterio de la Procuraduría General del Estado, en el sentido de que en procesos administrativos iniciados en virtud de los artículos 77 y 78 de la Ley de Hidrocarburos, no cabe la aplicación de las normas penales para declarar la prescripción y ordenar el archivo de los expedientes administrativos, bajo el argumento de que las infracciones y sanciones son de carácter administrativo y público porque precautelan intereses de la colectividad (Estado) y no de los particulares.

4.39 En primer lugar, según el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, la absolución de consultas es vinculante respecto los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública; y no, respecto de los órganos jurisdiccionales. Igualmente, dentro de las atribuciones de los tribunales de lo Contencioso Administrativo, se encuentra la de decidir sobre la legalidad de los actos emitidos por la Administración.

4.40 En segundo lugar, por medio de este pronunciamiento se pretende que la potestad sancionadora de la Administración atribuida por la Ley de Hidrocarburos se mantenga indefinidamente en el tiempo, *so pena* de la falta de norma expresa, cuando ello contraviene uno de los fundamentos principales y esenciales de esta institución: la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, se niega la aplicación del Derecho penal basándose en el argumento de que las sanciones son de carácter administrativo y público porque precautelan intereses del Estado y no de los particulares, que nada tiene que ver con el alcance y aplicación de los principios del Derecho penal en el proceso administrativo sancionador, y el reconocimiento de la prescripción como garantía de este procedimiento, tanto más que la prescripción no solo actúa como un impedimento para iniciar el procedimiento, sino además, resulta ser una manifestación de la política estatal y del interés social; siendo, por lo tanto, de orden público.

4.41 De acuerdo con lo expuesto en líneas precedentes, cabe la aplicación del artículo 617 del Código Penal vigente a la fecha del cometimiento de la infracción, que en su parte pertinente disponía:

> *"**Art. 617.- La acción de policía prescribe en treinta días**, y la pena en noventa días, contados ambos términos desde el día en que se cometió la infracción, o desde la fecha en que la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada, respectivamente."*

4.42 Bajo este contexto, corresponde analizar si en la especie, ocurrió la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Dirección Nacional de Hidrocarburos (actual Agencia Nacional de Regulación y Control Hidrocarburífero).

4.43 Consta del expediente administrativo, a fojas 144 del proceso, el acta de inspección de peso de GLP envasado en cilindros realizada a DURAGAS, de fecha 23 de julio del 2002. Y, por otro lado, consta de fojas 148 del proceso, el auto de fecha 11 de diciembre del 2008, emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, dentro del Expediente Administrativo No. 4193-2008-PV, en el cual se dispone la apertura del proceso administrativo por las imputaciones constantes en el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 2282, sancionadas mediante el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos.

4.44 De los recaudos señalados se puede advertir que entre la fecha de la presunta comisión de la infracción y el inicio del proceso administrativo, transcurrieron más de 6 años sin que la Dirección Nacional de Hidrocarburos ejerza la potestad administrativa sancionatoria; sobrepasando excesivamente -incluso bajo los parámetros vigentes- el tiempo previsto para la prescripción.

4.45 Por todo lo expuesto y en virtud del artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en su parte esencial disponía: son causas de nulidad: a) la incompetencia de la autoridad, esta Sala declara la nulidad del acto administrativo (Resolución emitida con fecha 29 de enero del 2009, dentro del Expediente Administrativo No. 4193-2008-PV), en razón de que la Administración se encontró impedida en razón del tiempo para iniciar el proceso administrativo sancionador.

V. Decisión

5.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por DURAGAS S.A. y por lo tanto, decide casar la sentencia de fecha 2 de septiembre del 2019, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.

5.2. En virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se declara parcialmente con lugar la demanda de DURAGAS S.A., en los términos señalados en el párrafo 4.45 de la presente sentencia. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *01803-2018-00396*
Resolución Nro. *710-2021*
Fecha: *miércoles 8 de septiembre del 2021, las 10h58*

TEMA: Responsabilidad estatal extracontractual objetiva: Daños y perjuicios y daño.

ASUNTO

Carlos Adrián Romero Larrea interpone acción contencioso administrativa en contra de la Empresa de Movilidad, Tránsito y Transporte EMOV-EP. Refiere que fue sentenciado por conducir bajo efectos del alcohol, en contravención del artículo 385 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole como medida alternativa a la privación de la libertad el cumplimiento de 60 horas de trabajo comunitario. Señala que como parte de esa labor comunitaria debía pintar la cubierta de la escuela Víctor Albornoz, sin embargo, que no se le entregó ningún implemento de seguridad o equipo de protección, a pesar de su solicitud expresa, y que, en cumplimiento de esas actividades, sufrió un accidente que lesionó su cavidad torácica, abdominal y extremidades.

Respecto del daño moral y los daños y perjuicios señala el accionante que la omisión por parte de los funcionarios de la EMOV-EP, al no entregarle las herramientas y el equipo de protección necesarios para el cumplimiento de la labor asignada, devengó en el accidente que le causó graves daños físicos como politraumatismos contusivos, en lugares críticos

como pulmones, costillas y órganos digestivos. Además, manifiesta que le ha provocado graves traumas psíquicos, como ansiedad, depresión y estrés post traumático, los que llegaron a limitar su normal desenvolvimiento y una incapacidad general de treinta y un días.

La parte actora demanda la indemnización de daño moral, además de los daños y perjuicios ocasionados por la la Empresa de Movilidad Tránsito y Transporte, a fin de que en sentencia se disponga.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca señala que en el presente caso el daño material sufrido, a la vez que es cierto y actual, representa un sacrificio especial que la parte accionante no estaba obligada a soportar, encontrándose esto probado con la disposición emitida por la funcionaria encargada de Educación Vial de la EMOV EP, para que el ciudadano Carlos Adrián Romero Larrea realizare trabajos de pintura sin proporcionarle las herramientas y el equipo de protección necesarios para el cumplimiento de la labor asignada, pues la caída sufrida por la lluvia, debido a la falta de implementos, le provocó lesiones físicas y psicológicas, probadas con los informes periciales.

Respecto del daño moral, los jueces establecen que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, determinan que la función de indemnización del perjuicio moral es la de una compensación por el sufrimiento experimentado por la víctima, su gravedad y extensión. El tribunal declara parcialmente con lugar la demanda, en consideración del impacto o sufrimiento psíquico, así como el lucro cesante y el daño emergente justificados, fijando el monto de diez mil dólares por concepto de daño moral a favor del accionante, en tanto que por concepto de daños y perjuicios dispone que se practique la liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el accionante en la atención y recuperación de su lesión, así como los valores dejados de percibir por su trabajo, en caso de justificarse legalmente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01803-2018-00396

Juez Ponente: Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, miércoles 8 de septiembre del 2021, las 10h58.

VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **01803-2018-00396**:

I. Conformación y competencia de la Sala

1.1. Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de tres sucesos:

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución Nº. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante resolución Nº. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,
3. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios Nº. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo

Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

1.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 185.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 184.1 de la Constitución y 269 del Código Orgánico General de Procesos ("**COGEP**").

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 7 de mayo de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1. El 9 de noviembre de 2018, Carlos Adrián Romero Larrea inició un juicio de daños y perjuicios contra la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP y la Procuraduría General del Estado. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, reclamó una indemnización de USD 200 000 por daño moral, USD 2 028.77 por daños materiales, más costas y honorarios.

2.2. Mediante sentencia de 29 de enero de 2020, las 12h13, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Cuenca ("TDCA") aceptó parcialmente la demanda por voto de mayoría. En consecuencia, dispuso que se pague al actor USD 10 000 por daño moral; y, que se practique la liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el actor en la atención y recuperación de su lesión, así como los valores dejados de percibir por su trabajo en caso de justificarse legalmente. Negó las costas y honorarios porque no se configuraron los presupuestos del artículo 284 del COGEP.

2.3. Inconforme con lo resuelto, la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP interpuso recurso de casación el 6 de febrero de 2020. Este fue admitido por el conjuez nacional Miguel Bossano Rivadeneira con auto de 7 de septiembre de 2020, las 10h21, conforme lo dispuesto en el artículo 270 del COGEP; contestado el 13 de octubre de 2020 por Carlos Adrián Romero Larrea; y, sorteado electrónicamente a este tribunal el 24 de junio de 2021.

2.6. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 *ibídem*, se celebró audiencia de fundamentación del recurso de casación, de manera telemática, el 15 de julio de 2021 a las 11h00. En la reinstalación de la audiencia, el 27 de agosto de 2021 a las 8h15, este tribunal emitió la decisión oral dentro de esta causa. En mérito de lo dispuesto en el artículo 93 del mismo cuerpo legal, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación.

III. Validez procesal

3.1. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

IV. Análisis del recurso

a. Argumentos de la entidad recurrente

4.1. La entidad recurrente solicita que case la sentencia de 29 de enero de 2020 bajo la causal de casación del numeral 2 del artículo 268 del COGEP, que establece:

> El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

4.2. Considera que la motivación de la sentencia recurrida no cumple los requisitos de razonabilidad y lógica porque no se citaron las normas legales aplicables al caso; y, las premisas no se ordenaron de manera lógica.

4.3. Además, señala que la sentencia es contradictoria porque el TDCA dio por probado el daño material con *"la disposición emitida por la funcionaria encargada de Educación Vial de la Empresa Pública EMOV EP"* (considerando quinto) y, sin identificar a tal funcionaria, dejó a salvo el derecho de repetir.

4.4. Por último, estima que la cantidad fijada por el TDCA para indemnizar el daño moral es arbitraria, pues si bien esa cuantificación corresponde al juzgador, esta debe estar justificada y motivada. Asimismo, indica que los daños materiales correspondían ser probados y debatidos en audiencia, y fijados de manera motivada en la sentencia, pero no fue así. El TDCA dispuso que el valor de la indemnización sea calculado pericialmente, en lugar de cuantificarlo en la sentencia.

b. Contestación del recurso

4.5. Carlos Adrián Romero Larrea señala que la entidad recurrente se limitó a manifestar su informidad con la decisión y por tanto, falló en demostrar que la sentencia del TDCA incumple el requisito de motivación. Además, indica que la casacionista confunde el juicio de daños y perjuicios con la acción de repetición, pues para ejercer esta última se requiere que primero la entidad pública declare la responsabilidad del funcionario por quien el Estado asumió la obligación de indemnizar al administrado.

c. Análisis de la segunda causal del artículo 268 del COGEP

4.6. La Corte Constitucional ha establecido que la motivación jurídica es una garantía constitucional que no exige altos estándares de argumentación, pues se satisface con el cumplimiento de dos parámetros mínimos establecidos en la letra l), artículo 76.7 de la Constitución. Estos son, enunciar las normas o principios jurídicos en que los jueces fundaron la decisión y explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1679-12-EP/20, 15 de enero de 2020, párr. 44].

4.7. De esta manera, el examen de motivación jurídica solo comprende un estudio de la suficiencia de la motivación, es decir, el cumplimiento de los requisitos antedichos; y, no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nº 274-13-EP/19, 18 de octubre de 2019, párr. 47]. Por ende, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el análisis de la motivación jurídica no habilita una revisión de los méritos de la decisión, ni permite entrar a analizar la corrección de la aplicación del Derecho y tampoco de la valoración probatoria (motivación incorrecta) [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1906-13-EP/20, 5 de agosto de 2020].

4.8. Además, cada causal de casación mira un yerro distinto. La corrección jurídica de la decisión, así como la aplicación e interpretación del derecho a la valoración probatoria, son susceptibles de ser controladas a través de otras causales de casación, en razón de errores *in iudicando*.

4.9. En cambio, el incumplimiento del requisito de motivación es un cargo casacional que guarda relación con un defecto de construcción de la sentencia impugnada. Entonces, esta causal no puede ser trastocada para analizar la corrección jurídica de la decisión ni la valoración de la prueba. Cuando un recurrente busque tal tipo de control deberá alegar las causales aptas para el efecto y no limitarse a invocar el incumplimiento del requisito de motivación. De otra manera, la motivación se convertiría en una suerte de llave maestra para abrir cualquier tipo de control sobre la decisión recurrida, lo que vaciaría de contenido a las demás causales de casación, pues -en ese escenario- cuál sería la necesidad de alegarlas si al final la causal segunda permitiría analizarlo todo.

4.10. Adicionalmente, las causales por errores *in iudicando* exigen un alto nivel de argumentación técnica para que se configure la preposición jurídica completa y el casacionista no puede pretender evadir tal carga a través de la causal segunda del artículo 268 del COGEP por el incumplimiento de la motivación, cuando en realidad busque un control de corrección jurídica.

4.11. Bajo este contexto, corresponde que este tribunal examine la motivación de la sentencia recurrida según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional y los argumentos de la entidad recurrente, sin entrar a revisar la corrección jurídica de la decisión, ni la aplicación o interpretación del derecho a la valoración probatoria. En este caso, los argumentos de la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP pueden resumirse de la siguiente manera:

i. **Primer argumento:** El TDCA no cita algún artículo legal aplicado al caso.
ii. **Segundo argumento:** El razonamiento del TDCA no es lógico. Existe una contradicción entre el considerando quinto de la sentencia, donde no se identifica al funcionario que habría dado la instrucción de pintar la escuela al actor, y la decisión de dejar a salvo la acción de repetición a favor del Estado.
iii. **Tercer argumento:** No existe motivación sobre la cuantificación del daño moral.
iv. **Cuarto argumento:** No existe una cuantificación del daño material y en su lugar, se dispuso una liquidación pericial para determinarla.

4.12. El primer argumento de la entidad recurrente guarda relación con el requisito de enunciar las normas o principios jurídicos en que los jueces fundaron la decisión. A efectos de constatar el cumplimiento o no de este, primero es necesario determinar los puntos resolutivos a los que arribó el TDCA para, luego, examinar si exhibió las premisas jurídicas para llegar a tales conclusiones.

4.13. En la sentencia impugnada, el TDCA resolvió lo siguiente:

> (…) declara parcialmente con lugar la demanda y fija el monto de DIEZ MIL DÓLARES; por daño moral a favor del accionante; en tanto que por concepto de daños y perjuicios; se dispone se practique la liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el accionante en la atención y recuperación de su lesión, así como los valores dejados de percibir por su trabajo en caso de justificarse legalmente. El pago deberá realizarlo la EMPRESA PÚBLICA EMOV EP en el término de treinta días de ejecutoriada ésta *(sic)* sentencia; en el caso del daño moral; y respecto de los daños y perjuicios en un término de treinta día de la aprobación del informe pericial. Se deja a salvo el derecho de la parte accionada de ejercer el derecho de repetición. En virtud de la presunta falsificación de la firma del ahora accionante constante en fojas 115 de éste *(sic)* proceso, se dispone se remitan las piezas procesales pertinentes a la Fiscalía para la investigación. En cuanto a lo solicitado respecto a las costas procesales y honorarios de sus abogados defensores no se acepta por no configurarse los presupuestos establecidos en el Art. 284 del COGEP.

4.14. De lo transcrito, se observa que el TDCA dispuso el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor de Carlos Adrián Romero Larrea por la responsabilidad extracontractual del Estado. Esto incluía dos decisiones principales: (i) la orden de que se paguen al actor los daños materiales relativos a la atención y recuperación de su lesión, así como los valores que dejó de percibir por su trabajo, a ser cuantificados mediante informe pericial; y, (ii) la concesión de un pago por daño moral, cuantificado en USD 10 000.

4.15. Para sustentar el análisis de daños materiales, el TDCA invocó los artículos 233 y 11.9 de la Constitución, así como doctrina de Marco Morales Tobar, Guillermo Cabanellas, Planiol y Ripert (foja 210 y reverso). Por lo cual, el cargo de la entidad recurrente carece de asidero en este punto.

4.16. No obstante, en cuanto al estudio de daños morales, el TDCA invocó de manera abstracta a la doctrina y jurisprudencia. En la parte pertinente de la sentencia, señaló:

> Respecto del daño moral; **tanto la doctrina como la jurisprudencia**, al constatar que los perjuicios morales no son determinables objetivamente en dinero, por lo que la indemnización no puede tener un carácter de equivalencia, han señalado que la función de la indemnización del daño moral es la de una compensación. (reverso de foja 211)

4.17. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la simple enunciación abstracta de doctrina no cumple con los parámetros mínimos del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 860-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 29].

4.18. A su vez, esta Sala ha determinado que la referencia genérica a jurisprudencia, sin identificar los casos en los que fue dictada y sin explicar la pertinencia de su aplicación a los hechos controvertidos en el proceso, implica un incumplimiento de los dos parámetros mínimos de la motivación jurídica [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de junio de 2021, caso 17811-2017-00669, párr. 3.7].

4.19. En este sentido, la Corte Constitucional también ha establecido que un juez no puede motivar su decisión a través del mero reenvío, esto es, limitarse a manifestar que le parecen suficientes los argumentos de otra sentencia, sin tener la necesidad de volver a expresarlos; o la remisión de manera global, sin que exista un pronunciamiento *ad hoc* por parte del tribunal sobre lo dicho en la sentencia a la que hace remisión [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1898-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 28].

4.20. Por ende, este tribunal concluye que la invocación abstracta de doctrina y jurisprudencia en la sentencia impugnada en relación al daño moral, constituye un incumplimiento del primer parámetro mínimo de la motivación jurídica. Por lo cual, se acepta el primer argumento de la entidad recurrente en ese aspecto.

4.21. Ahora bien, el segundo argumento de la entidad recurrente hace referencia a la coherencia interna del razonamiento del TDCA por una supuesta contradicción entre el considerando quinto de la sentencia y el haber dejado a salvo el derecho a repetir. La recurrente estima que, al no haberse identificado al funcionario que dio la instrucción de pintar la escuela, no se puede hacer efectiva su responsabilidad a través de la acción de repetición.

4.22. Para que una cuestión sea contradictoria, tiene que existir un conjunto de proposiciones que

se invaliden al oponerse recíprocamente. Por ejemplo, decir que algo es y, al mismo tiempo, que no lo es [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de julio de 2021, caso 17811-2017-00577, párr. 4.18; sentencia de 22 de julio de 2021, caso 01802-2014-0165, párr. 4.21]. En este caso, eso no sucede.

4.23. El Estado debe reparar el daño causado por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad estatal (responsabilidad directa) sin perjuicio de repetir lo pagado en contra del funcionario responsable (derecho de repetición). Así, en el marco de la acción indemnizatoria contra el Estado, no corresponde a los jueces determinar la identidad y responsabilidad del funcionario específico, sino que sólo le incumbe verificar si una actividad estatal produjo un daño indemnizable al administrado. Es irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los funcionarios se comportan en el ejercicio de sus funciones [Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 0348-2010, juicio 55-2007, 8 de octubre de 2010; sentencia 0280-2009, juicio 121-2007, 10 de septiembre de 2009]

4.24. La responsabilidad del Estado es objetiva precisamente porque no se origina en la ilicitud de los actos o hechos de sus funcionarios, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente [Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, no. 8, p. 3020; sentencia del 11 de abril de 2007, Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, no. 4, p. 1618].

4.25. Por ende, la falta de identificación del funcionario y dejar a salvo el derecho de repetición del Estado no son cuestiones contradictorias en la sentencia del TDCA; y, por tanto, se desestima el segundo argumento del recurrente. Sobre este punto, en la audiencia de fundamentación del recurso, el representante de la entidad recurrente agregó que la falta de identificación del funcionario constituye una inobservancia del artículo 344 del Código Orgánico Administrativo. Sin embargo, este argumento tampoco procede porque la acción de repetición a la que hace referencia ese artículo es la que se sigue tras el procedimiento administrativo ordinario de responsabilidad extracontractual del Estado, y no, a la acción judicial que nos ocupa.

4.26. Por último, los dos últimos argumentos de la entidad recurrente guardan relación con la suficiencia de la motivación de la sentencia del TDCA, pues alega que no se motivó la cuantificación del daño moral y que, en el caso de los daños materiales, ni siquiera fueron cuantificados.

4.27. Antes de abordar esos argumentos, es necesario precisar que la motivación jurídica se ajusta a la naturaleza de lo que se resuelve [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 609-11-EP/19, 28 de agosto de 2019, párr. 32]. Es decir, los requisitos del artículo 76.7, letra l, de la Constitución son aplicables para medir la suficiencia de la motivación de cualquier decisión jurisdiccional. Pero, en ciertos casos, el estándar es más alto y se imponen requisitos adicionales para que la decisión se considere suficientemente motivada. Estos requisitos se desprenden de la propia naturaleza de la *litis* que será resuelta en sentencia.

4.28. Por ejemplo, en el caso de la sentencia que resuelve un recurso de apelación, la motivación será insuficiente si el tribunal de alzada omite pronunciarse sobre alguno de los argumentos relevantes del recurrente [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 540-15-EP/20, 16 de diciembre de 2020, párr. 19].

4.29. De la misma manera, el estándar de suficiencia en la motivación es más alto para una sentencia que resuelve aceptar la pretensión indemnizatoria dentro de una acción por responsabilidad extracontractual del Estado. Es necesario que los jueces hagan un análisis de los presupuestos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad estatal en el ámbito extracontractual. Sólo después de ello, los jueces podrían abordar el segundo punto de decisión, indispensable, en este tipo de sentencias: la cuantificación del daño para fijar la indemnización al administrado. Como ya lo ha señalado esta Sala:

> Este ejercicio de constatar dichos requisitos es el antecedente lógico necesario para que la autoridad jurisdiccional pueda concluir que existió responsabilidad extracontractual del Estado, lo que a su vez, es el antecedente lógico y presupuesto material para establecer la procedencia de una indemnización a favor del administrado, según los daños jurídicamente relevantes y demostrados en el mismo juicio.
>
> Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 2021, caso 17741-2016-1162, párr. 4.15

4.30. Entonces, una sentencia que acepta la acción de responsabilidad extracontractual del Estado

debe contener un examen de los presupuestos de procedencia y, además, un análisis sobre la cuantificación de los daños que permita determinar la indemnización al administrado. De lo contrario, existirá una motivación insuficiente en la sentencia. Esto no sucede cuando se trata de una sentencia en la que se rechaza tal acción. Ahí bastará que no se cumpla uno de los presupuestos que configura dicha responsabilidad para que la demanda resulte improcedente, sin necesidad de entrar a verificar lo demás [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de junio de 2021, caso 17811-2017-00669, párr. 4.24].

4.31. Bajo este contexto, se procederá a revisar si el TDCA ofreció una motivación suficiente, señalando las razones en las que sustentó la cuantificación del daño moral y si efectivamente cuantificó o no los daños materiales.

4.32. En relación a la existencia de daños materiales y morales, el TDCA indicó:

> En el presente caso, el daño material, a la vez cierto y actual, que representa un sacrificio especial que la parte accionante no está obligada a soportarlo, se encuentra probado con la disposición emitida por la funcionaria encargada de Educación Vial de la EMPRESA PÚBLICA EMOV EP para que el ahora accionante proceda a pintar la cubierta de una de las aulas de una (sic) centro educativo; sin proporcionarle las herramienta y el equipo de protección necesarios para el cumplimiento de la labor asignada; pues recordemos que en un inicio se le asignó para las labores comunitarias de semaforización; sin embargo para esa actividad únicamente se le entregó un chaleco reflectivo; que definitivamente no era la herramienta necesaria para el pintado de una cubierta; que ese día estaba mojado por la lluvia lo que determinó **su caída que le provocó las lesiones físicas y psicológicas indicadas; y probadas con los informes periciales**. (énfasis añadido)

4.33. A partir de lo transcrito, se advierte que el TDCA corroboró la existencia de daños sufridos por el actor con base en los informes periciales. Si bien la verificación de la existencia del daño es uno de los presupuestos para constatar la responsabilidad extracontractual del Estado, la prueba de la existencia del daño -por sí sola- es insuficiente para fijar la indemnización. Precisamente, cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona sufrió a consecuencia de un hecho. Es decir, la cuantificación busca resarcir el perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente. [Lidia Garrido Cordobera, "La cuantificación de daños un debate inconcluso", Revista de Legislación y Jurisprudencia Ed Reus España (4), 2007, p.1].

4.34. En este caso, el TDCA no efectuó un ejercicio razonado cuantificar los daños materiales. Incluso trasladó esta labor a un perito para que sea él quien los cuantifique tras la emisión de la sentencia. Esto es inaceptable, pues tal y como ya ha determinado la presente Sala: *"La determinación de responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser comprendida como el objeto de un juicio prejudicial y diferente a la* ***cuantificación*** *de la indemnización que, por ese concepto, le corresponda al administrado"* [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 2021, caso 17741-2016-1162, párr. 4.12].

4.35. Además de haber omitido cuantificar los daños materiales, el TDCA no justificó la cantidad de USD 10 000 que fijó como indemnización por daño moral. En la parte pertinente de la sentencia, el TDCA manifestó:

> La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento síquico. . (sic) Por lo que, considerando el impacto o sufrimiento síquico espiritual, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastornos de ansiedad, impacto emocional del ahora accionante; este Tribunal, considerando que la traducción exacta en dinero de un determinado daño moral es imposible, más ésta (sic) obligado en función de los daños sufridos a fijar una cantidad razonable que sirva como compensación; (…); por lo que; éste (sic) Tribunal de la Sala Única de Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en la ciudad de Cuenca (…) declara parcialmente con lugar la demanda y fija el monto de DIEZ MIL DÓLARES; por daño moral a favor del accionante (…).

4.36. De lo transcrito, se advierte que el TDCA hizo un paso automático entre la verificación de la existencia del daño moral y la decisión de conceder USD 10 000 como indemnización por ese concepto, bajo el pretexto de que es *"imposible"* medir de manera exacta ese tipo de daños en dinero. No

obstante, el que el daño moral *"no pueda ser directamente cuantificado, en atención a que es inconmensurable en dinero en términos absolutos, no excluye el deber de apreciarlo en concreto de conformidad con las circunstancias y establecerlo en términos que sea observado un principio de proporcionalidad"* [Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 603].

4.37. Simplemente señalar, casi como una fórmula de estilo, que *"conforme al mérito de los autos"* se fija la correspondiente indemnización en una determinada cantidad no supone una justificación suficiente. Como petición de principio, los jueces deben explicitar el modo en que efectuaron tal operación, partiendo por señalar el peso específico o relevancia de cada uno de los criterios o pautas tomadas en consideración en la determinación de la indemnización, aduciendo además las razones que se han tenido para ello. [Hugo Cárdenas Villareal y Paulina González Vergara, "Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 37(106), Medellín-Colombia, 2007, p. 232-233]. Es decir, los jueces deben justificar el monto que fijen según su prudente arbitrio.

4.38. Cuando se trata de cuantificar daños morales, el juzgador puede emplear distintos parámetros para graduar el monto de la indemnización. Entre ellos: (i) tipo de lesión, pues -por ejemplo- no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño; (ii) sexo; (iii) edad; (iv) estado civil y si el afectado tiene hijos y de qué edad; (v) nivel de instrucción; (vi) estado de salud anterior al daño; (vii) si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio; (vii) si las secuelas del daño serán dolorosas [Martín A. Christello, citado por Silvia Amores Osorio, "Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en nuestra jurisprudencia", Illumanta Revista de Investigaciones Jurídicas (2), Corte Nacional de Justicia – Ecuador, p. 35].

4.39. El listado no es taxativo y la aplicación de uno u otro criterio depende de cuál fue el bien extrapatrimonial afectado, pues cuando se trate de la reputación de una persona son relevantes pautas como el nivel y el medio de difusión de la injuria; mientras que, en el caso de una lesión, resultan de mayor importancia la duración del dolor psíquico o físico, así como su intensidad, la cual puede ser muy grave, grave, leve, levísima [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Bogotá: Legis Editores S.A., 2008, p. 806-807].

4.40. En este caso, el TDCA no manifestó cuál fue el parámetro que eligió para cuantificar el daño moral sufrido por el actor. Se limitó a establecer el monto de USD 10 000 sin ofrecer una justificación para ello; y, como ya se explicó, la verificación de la existencia del daño – por sí sola- es insuficiente para fijar la magnitud de la indemnización.

4.41. Por lo expuesto, existe una motivación insuficiente en la sentencia recurrida ante la falta de cuantificación de daños materiales, así como una ausencia de justificación de la indemnización fijada por daño moral. Entonces, se aceptan el tercer y cuarto argumento de la entidad recurrente.

4.42. Lo anterior sumado a la invocación abstracta de doctrina y jurisprudencia por parte del TDCA en relación al daño moral, configura la causal 2 del artículo 268 del COGEP en virtud del incumplimiento del requisito de motivación. En consecuencia, corresponde que este tribunal dicte una sentencia sobre los méritos del caso en reemplazo de la del TDCA, de conformidad con el artículo 273.4 del COGEP.

V. Sentencia de mérito

5.1. Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

5.2. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación (actual 273 del COGEP):

> (…) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.
>
> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27.

5.3. En vista que se ha verificado la configuración de una de las causales de casación y que, por tanto, se debe dictar una sentencia sustitutiva, este tribunal analizará los méritos del caso para corregir el yerro en el que incurrió el TDCA.

c. Consideraciones de la Sala

5.4. Según la Corte Constitucional, es plenamente posible cumplir con el estándar de motivación jurídica haciendo una remisión a los fundamentos de la sentencia impugnada, siempre que se realice *"un pronunciamiento autónomo sobre el thema decidendum o, al menos, una postura crítica sobre la suficiencia y la fundamentación de dicha sentencia"* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1898-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 29].

5.5. En este caso, el tribunal coincide con el criterio del TDCA en cuanto al rechazo de la excepción de *plus petitio*. Esta fue opuesta por la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP (en adelante, "EMOV"). Sin embargo, no argumentó cuál sería la decisión viciada de *plus petitio*, de manera que este tribunal pueda hacer un análisis al respecto. Dado que quien alega afirmativamente algo, debe probarlo según el artículo 169 del COGEP; y, visto que la EMOV no lo hizo, se rechaza su excepción.

5.6. También, este tribunal ratifica el criterio del TDCA de que no procede que la EMOV intente eximirse de responsabilidad con base en la *"Carta de aceptación de servicio comunitario en el cumplimiento de penas no privativas de la libertad"*, pues ese compromiso fue suscrito por el actor en razón de las actividades de limpieza de vías públicas que tenía asignadas según el memorando No. EMOV EP-EDV-2018-0140-MEM (fojas 105-106); y, no, para actividades de pintura de escuelas.

5.7. En consecuencia, resta que este tribunal emita un criterio propio sobre la pretensión indemnizatoria del actor, a la cual se oponen la EMOV y la Procuraduría General del Estado con la excepción de improcedencia de la demanda. Para el efecto, primero se analizarán los presupuestos concurrentes para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado. Estos son:

> La producción de un daño o perjuicio cierto, actual o futuro, material o moral;
>
> Un nexo causal entre la actividad pública y el daño;
>
> La existencia de un factor de atribución, esto es, la falta de la prestación de un servicio público, la deficiencia [funcionamiento anormal] del mismo o el cumplimiento [acción] o incumplimiento [omisión] irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y,
>
> La imputación del daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, quien solo podrá oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado si prueba que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.
>
> Sentencia Nº. 760- 2016, recurso Nº. 600-2012, 21 de junio de 2016; sentencia Nº. 817-2016, recurso Nº. 462-2012, 5 de julio de 2016; y, sentencia N° 217-2017, recurso N° 250-2013, 9 de febrero de 2017.

5.8. De constatarse la responsabilidad extracontractual del Estado, se procederá a cuantificar los daños para determinar el monto de la indemnización que correspondería al actor por ese concepto. De lo contrario, se rechazará la demanda por improcedente.

1. Los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado

i. El factor de atribución

5.9. En la demanda, Carlos Adrián Romero Larrea alega que sufrió daños materiales y morales por una caída desde la cubierta de la escuela Víctor Albornoz. Afirma que la estaba pintando bajo la instrucción de una funcionaria de la EMOV como parte del trabajo comunitario que debía cumplir por haber cometido una infracción de tránsito, pese que las actividades que había acordado con la EMOV eran de limpieza de vía pública. Según el actor, los daños que sufrió son atribuibles a la EMOV porque esta no le proporcionó el equipo necesario para pintar la cubierta.

5.10. Es decir, la alegación principal del actor está destinada a sostener que la EMOV lo puso en una situación de riesgo y a pesar de ello, no tomó medida alguna para mitigarlo. Por ello, sostiene que cayó de la cubierta y sufrió los daños que alega en la demanda. Este argumento del actor puede subsumirse en el factor de atribución del *riesgo creado*. La lógica que respalda este factor de atribución es que quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione [Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983, p. 43; citado por María Paula Rennella, "El riesgo creado como factor de atribución", Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., p. 267].

5.11. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el Estado responde por el riesgo

excepcional creado en actividades peligrosas. Estas son todas aquellas que, una vez desplegada su estructura o comportamiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente [Javier Tamayo Jaramillo, La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico, Bogotá: Editorial Temis S. A, 2000, p. 144].

5.12. Una actividad peligrosa, aunque lícita, implica riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños. El peligro puede deberse a una actividad multiplicadora de energía debido a la manipulación de ciertas cosas, o al ejercicio de una conducta específica que lleva implícito el riesgo de producir una lesión o menoscabo porque tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que ordinariamente despliega una persona respecto de otra, dados los instrumentos empleados y sus inciertos efectos [Carlos Mario Molina Betancur y Andrés Armando Ramírez Gómez, "El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano", Opinión Jurídica 5(9), 2006, p. 109].

5.13. Este tipo de actividades requiere que quien la ejecuta o se beneficie de ella tome precauciones para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente un daño, pues la actividad misma -por muy peligrosa que sea- no es de por sí dañosa, aunque potencialmente pueda ocasionar daños. Pese a las precauciones que el agente pueda tomar, la actividad continuará calificando como peligrosa por el riesgo inherente a la naturaleza misma de la actividad o las sustancias que se manipulan y su potencialidad para dañar. El peligro permanece y está latente en cualquiera de las etapas de la actividad [Molina Betancur y Ramírez Gómez, *op cit*, p.112].

5.14. En otras jurisdicciones, la jurisprudencia ha reconocido como actividades peligrosas las siguientes: la manipulación de combustibles y explosivos, el manejo de vehículos terrestres y aeronaves, el manejo de armas de fuego, la vigilancia y seguridad dentro de los establecimientos carcelarios o de rehabilitación de menores, así como de hospitales psiquiátricos [Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de agosto de 1987, Gaceta Judicial 2427, p. 136; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1984, Exp. 2744; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Exp. 7774; STS, 4ª, 12.3.1975. París: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique. Rúbrica: Responsabilité sans faute, París, Dalloz, 1994, núms. 84 y ss, citado por Javier Tamayo, La Responsabilidad del Estado, *op. cit.*, p. 151].

5.15. En este caso, la actividad por la cual se habría producido el daño es el trabajo de pintura en la cubierta de la escuela Víctor Albornoz. Por lo cual, primero este tribunal debe establecer si tal actividad califica como peligrosa, de manera que la EMOV haya debido prestar medidas de precaución al actor y deba responder por los daños sufridos por la caída.

5.16. Para el efecto, este tribunal considera preciso remitirse a la Guía para inspectores del trabajo en el sector de la construcción elaborada por la Organización Internacional del Trabajo en 2018. En esta, Nancy Leppink -Jefa Servicio de Administración del Trabajo, Inspección del Trabajo y Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT- dijo que la elaboración de la guía estaba motivada, entre otras razones, por la *"naturaleza altamente peligrosa"* de las operaciones en la industria de la construcción. También, señaló que las personas involucradas en esas actividades *"a menudo están expuest(a)s a muchos peligros debido a la aplicación inadecuada de medidas de control de riesgo"*. A continuación, en la guía, se explica que una de esas operaciones peligrosas es el *trabajo en altura* que consiste en lo siguiente:

> Trabajar en altura significa trabajar a una distancia del suelo tal que, de caer, un trabajador podría sufrir lesiones corporales. Algunos ejemplos de trabajo en altura incluyen: **trabajar en cubiertas**, trabajar en los pisos superiores de un edificio de construcción, trabajar en el nivel del suelo contiguo a una zona excavada y trabajar en escaleras (…) Muchos trabajadores realizan labores en cubiertas –ya sea en la instalación especializada de cubiertas nuevas o en las actividades de mantenimiento general– y a menudo suceden accidentes graves o fatales debido a la falta de medidas para prevenir las caídas. (Organización Internacional del Trabajo, Guía para inspectores del trabajo en el sector de la construcción, 2018, recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/

publication/wcms_625586.pdf , p. 21 y 25)

5.17. Por lo anterior, la actividad de pintura en cubierta califica como trabajo en altura y como tal, es una actividad peligrosa. En el caso que nos ocupa, tal peligro se consolidó cuando el actor cayó desde cuatro metros de altura de la cubierta, como se desprende de la historia clínica que está anexa al informe pericial de Adriana Abad (foja 16). Establecido esto, se sigue que el Estado debía prestar medidas de precaución si el actor se encontraba realizando la pintura de cubierta como parte del trabajo comunitario, bajo las órdenes del EMOV.

5.18. De la copia certificada de la sentencia dictada el 15 de enero de 2018 por el juez de la Unidad Judicial de Cuenca dentro de la contravención No. 2018-00450G, se desprende que la EMOV era la encargada de supervisar el trabajo comunitario del actor:

> (…) al haberse demostrado circunstancias atenuantes, se le reduce la pena a 10 DÍAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. REDUCCIÓN DE 6,66 PUNTO DE LALICENCIA (sic) DE CONDUCIR Y 514,66 DOLARES DE MULTA. Pena privativa de libertad que se sustituye por 60 HORAS DE SERVICIO COMUNITARIO, de conformidad a lo que dispone el Art. 63 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a la Resolución de la Agencia Nacional de Tránsito, para la Aplicación de Penas Sustitutivas a las Penas Privativas de Libertad, Art. 3 N.-1. **Para el cobro de la multa y el cumplimiento de la suspensión de la licencia y servicio comunitario, se oficiará a la EMOV EP** (fojas 163-164)

5.19. Además, del documento original del *"Registro del personal de penas no privativas de la libertad"* (foja 62), consta que el actor se presentó el 22 de febrero de 2018 para realizar trabajo comunitario en el horario de 10h00 a 15h00; y, del memorando No. EMOV-EP-EDV-2018-0140-MEM (reverso de foja 105), se desprende que el actor debía ser supervisado por Mauricio Segovia de la EMOV.

5.20. Es decir, en ese día y a esas horas, el actor se encontraba en cumplimiento de una pena no privativa de libertad (artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal). Al estar bajo órdenes y supervisión de un agente estatal, el Estado le debía prestar una protección especial para velar por su integridad. Esto tiene fundamento en que el Estado es responsable del sistema de rehabilitación social (artículo 201 de la Constitución) y tiene la posición de garante respecto de quienes se hallan sometidos a privación o restricción de la libertad, a cargo de agentes estatales [Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente del juez Sergio Garcia Ramirez, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 13]. En particular, durante las horas de trabajo comunitario, una persona está cumpliendo una pena, bajo órdenes y supervisión de un agente estatal, aunque no esté privada de su libertad ambulatoria.

5.21. Entonces, a efectos de aplicar este factor de atribución al caso, es necesario que el actor haya probado que la caída sucedió mientras realizaba la actividad peligrosa bajo órdenes y supervisión del Estado, esto es, durante el trabajo comunitario. De otra manera, el presente tribunal carecería de elementos suficientes para atribuir los daños de la actividad peligrosa al Estado, ya que el actor podría haber realizado tal actividad por su propia decisión y bajo su propio riesgo fuera del horario de trabajo comunitario.

5.22. De la copia certificada por el EMOV del *"Registro del personal de penas no privativas de la libertad"* que consta a foja 115, se desprende que el actor compareció el 22 de febrero de 2018 a realizar el trabajo comunitario en el horario de 8h00 a 11h00. No obstante, en el documento original que está a foja 62 del expediente, registra el horario de 10h00 a 15h00. Ante una variación entre el documento original y la copia certificada por la parte procesal que desea beneficiarse de ella, debe prevalecer el original. Es decir, el registro del documento que consta a foja 62.

5.23. De ahí, está el registro de admisión del actor al Hospital Universitario como anexo No. 3 del informe pericial de Adriana Abad Vázquez (foja 16). En este se fijó el 22 de febrero de 2018 a las 13h55 como fecha y hora de la caída del actor. En otras palabras, la caída de Carlos Adrián Romero Larrea se produjo dentro del horario de 10h00 a 15h00, cuando estaba realizando el trabajo comunitario bajo órdenes y supervisión de la EMOV.

5.24. Por lo expuesto, este tribunal tiene suficientes elementos para concluir que el actor sufrió una caída mientras se encontraba realizando una actividad peligrosa (el trabajo en altura) bajo órdenes y supervisión de la EMOV, como parte del cumplimiento de la pena de trabajo comunitario. Por su parte, los demandados no ofrecieron elementos para justificar que el Estado tomó medidas para prevenir o mitigar el peligro de que el actor se

lesione por una caída, a pesar de que este es un peligro inherente a la actividad de realizar trabajos en altura.

5.25. En consecuencia, la EMOV puso al actor en una situación de peligro -de manera activa- al permitir que realice un trabajo de altura durante las horas de trabajo comunitario y, a su vez -de manera pasiva- al omitir darle el equipo adecuado para su seguridad. Por lo cual, este tribunal considera que, en este caso, se configura el primer presupuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por el factor de atribución del *riesgo creado*.

ii. El daño y la relación de causalidad

5.26. En esta sección, incumbe revisar si los daños alegados por el actor están probados y son directos, es decir, si existe un nexo de causalidad entre la actividad pública y el daño [Luis Fernando Ternera Barrios y Francisco Ternera Barrios, "Breves comentarios sobre el daño y su indemnización", *Opinión Jurídica*, Vol. 8, No. 13, p. 102]. Para el efecto, primero se analizarán los daños materiales y despúes, los morales.

a. Daños materiales

5.27. El actor afirma que los daños materiales, sufridos a raíz de la caída, ascienden a USD 2028.77. Para probarlo, aportó dos informes periciales.

5.28. El primer informe fue elaborado por la perito contable Adriana Abad Vázquez. Tras una revisión de *"los documentos correspondientes a salarios y/o honorarios"* y *"los valores que por concepto de pago de medicinas y medicamentos debió desembolsar el actor"*, la perito concluyó que la EMOV debe pagar al actor USD 2 028.77.

5.29. Ella incluyó los siguientes conceptos: (i) USD 85.00 por la prueba de alcoholemia que la EMOV practicó a Carlos Adrián Romero Larrea cuando fue detenido por la infracción de tránsito; (ii) USD 293.97 por gastos en el Hospital del Río; (iii) USD 9.80 por gastos de medicamentos en la Farmacia San Martín II; (iv) USD 40.00 por gastos de consulta médica con el doctor Hernán Sacoto Aguilar; y, (v) USD 1 600 por ingresos dejados de percibir en un mes sin poder ofrecer servicios profesionales.

5.30. En la sustentación oral de este primer informe (foja 202), el abogado de la EMOV interrogó a la perito y cuestionó dos rubros incluídos en el cálculo. Por un lado, preguntó por qué la perito había tomado en cuenta el valor de la prueba de alcoholemia. A esto, la perito contestó que lo hizo porque ese era un hecho que formaba parte de la línea de sucesos. Por otro lado, el abogado consultó cuál era el respaldo de los ingresos dejados de percibir. Ante esta pregunta, la perito afirmó que el documento constaba como anexo a su informe y pidió el expediente para ubicar la foja. Luego de que le entregó el expediente y se le dio un momento para lo revise, la perito afirmó que tal documento no estaba como anexo al informe pero que cuando había revisado la documentación proporcionada por el actor, había uno que acreditaba que la contratante del actor no le había pagado el mes en que él estuvo reposando y que, de todas maneras, en el expediente se encontraba una copia del contrato de servicios profesionales del actor.

5.31. El segundo informe pericial, realizado por el médico forense Miguel Méndez Rojas, ofrece un estudio de la situación física y las funciones psíquicas del actor al 5 de marzo de 2018, esto es, al día once de haber sucedido la caída. Ahí, el perito concluyó que el actor se encontraba incapacitado de manera *"genérica y parcial"* por el lapso de 31 días.

5.32. En la sustentación oral del segundo informe, el abogado de la EMOV interrogó al perito y le pidió que aclare por qué afirmaba que el actor estaba incapacitado por 31 días cuando el médico clínico que lo revisó el día de la caída le dio reposo por 10 días (foja 15 del expediente como anexo al primer informe pericial). A esto, el perito contestó que el médico clínico sólo revisó el cuadro traumatológico presente y no vio las posibles consecuencias renales.

5.33. Con base en estas pruebas, el presente tribunal procederá a analizar cuáles daños están efectivamente probados y son indemnizables en razón de ser ciertos y tener una relación de causalidad con la actividad públicas. Para el efecto, es necesario precisar que la indemnización de daños y perjuicios incluye el daño emergente y el lucro cesante. El primero es el valor económico que salió o saldrá del patrimonio a causa del acto dañino; y, el segundo, el valor económico que no entró o no entrará en el patrimonio del perjudicado [Juan Carlos García Huayama, "Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante", Derecho y Cambio Social (58), 2019, p. 190-191; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 12 de marzo de 2014, juicio 477-2012; sentencia de 17 de marzo del 2014, juicio 764-2012].

5.34. En este caso, la caída del actor provocó lesiones físicas que requirieron que este incurra en gastos para tratarlas, incluyendo medicinas, pruebas dentro del hospital y la consulta con el médico. Es decir, tales egresos constituyen el daño emergente

que surge como consecuencia directa de la lesión. Al respecto, el primer informe pericial cuantifica los daños en USD 293.97 por gastos en el Hospital del Río, USD 9.80 por gastos de medicamentos en la Farmacia San Martín II y USD 40.00 por gastos de consulta médica con el doctor Hernán Sacoto Aguilar. Es decir, un total de USD 343.77.

5.35. Dado que la perito hizo una constatación directa de las facturas, este tribunal da por probado esos gastos con el informe pericial. A través de este, los juzgadores conocemos los hechos de forma indirecta al tratarse de materia técnica, en este caso, contable. Si bien los respaldos del informe constan en copias simples, el valor probatorio que se está dando a estos gastos no responden a prueba documental, sino al de la prueba pericial, conforme al artículo 227 del COGEP.

5.36. Fijados los daños que este tribunal considera probados y que son indemnizables, se abordarán aquellos que no se tienen por probados o que, en su defecto, no califican como indemnizables.

5.37. Este tribunal considera que los USD 85.00 de la prueba de alcoholemia no guardan relación con la caída del actor, sino con su detención por la infracción de tránsito que ocurrió con anterioridad a la caída y que no guarda relación con la actividad pública señalada en la sección precedente sobre el factor de atribución. Por lo cual, no existe un nexo de causalidad entre ese gasto y la actividad estatal. En consecuencia, no constituye un daño indemnizable en la presente causa y por tanto, no procede su indemnización.

5.38. Tampoco procede -por falta de prueba- la indemnización por USD 1 600 que, según la perito, el actor habría dejado de percibir en un mes durante su reposo. Es decir, la ganancia frustrada o lucro cesante por la caída. Primero, tal conclusión de la perito carece de respaldo pues, como lo admitió en la sustentación oral del informe, no anexó el documento que habría comprobado que la contratante del actor le dejó de pagar por ese mes.

5.39. Segundo, el supuesto contrato en el que la perito intentó sustentar la frustración de ganancias es el que consta en copias simples de foja 11 a la 14. De la copia, se observa que este documento no consta firmado por las que ahí constan como partes contratantes, por lo cual, la perito no tenía elementos para confirmar que efectivamente existía un contrato por el cual el actor estaba recibiendo algún tipo de ingreso. Además, aún si el documento hubiese estado firmado por las partes, el contrato sería una prueba insuficiente porque sólo demostraría la existencia de un ingreso y no del daño de haber dejado de percibirlo. En este sentido, Javier Tamayo Jaramillo cita a Roger Dalcq: *"(…) la existencia de un ingreso al momento del hecho lesivo solo sirve para cuantificar el perjuicio, pero es intrascendente en cuanto a la demostración de la existencia del mismo"* [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 802].

5.40. Tercero, la perito tomó el parámetro temporal de un mes para calcular la pérdida de ganancia, pero no señaló en qué se basó para ello. Además, aquel parámetro resulta inconsistente con uno de los anexos al propio informe pericial, donde consta la copia simple de un certificado médico a favor del actor por sólo 10 días, no por un mes (foja 15). Por ende, no resuelta coherente que la perito haya calculado el lucro cesante con la base temporal de un mes en lugar de 10 días, pues su respaldo solo le permitía concluir que el actor estuvo reposando por ese tiempo.

5.41. Por todo lo anterior, este tribunal no puede dar por probado el lucro cesante de USD 1 600 con base en el informe pericial. Por último, no se da por probado que el actor haya estado incapacitado durante 31 días. El médico forense Miguel Méndez Rojas dijo en la sustentación oral del informe que había fijado ese tiempo considerando las posibles consecuencias renales de la caída, que -a su criterio- no habían sido tomadas en cuenta por el médico clínico que concedió 10 días de reposo.

5.42. No obstante, el daño indemnizable debe ser cierto, ya sea actual o futuro. Como tal, requiere un elemento de certeza y no, de posibilidad. En este caso, el médico no constató que el actor ya sufría una consecuencia renal como producto de la caída y tampoco, aseguró que la tendría. Únicamente afirmó que tal derivación, era posible. Es decir, dicha condición médica que habría justificado la incapacidad por 31 días no puede calificarse de cierta, por lo cual, impide que este tribunal tenga por probado que el actor estuvo incapacitado por ese periodo de tiempo.

5.43. En virtud de lo expuesto, solo se verifica el daño emergente cuantificado en USD 343.77, dados los gastos incurridos por el actor para el diagnóstico y tratamiento de las lesiones físicas.

b. Daños morales

5.44. Los daños morales son *"los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los*

provenientes del dolor físico producido por una lesión". A efectos de probar este tipo de daños, el actor puede recurrir a cualquier clase de pruebas: psicológicas, médicas, testimoniales, etc. [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 485 y 807].

5.45. En este caso, el actor afirma que la caída le produjo dolor y secuelas psicológicas que deben ser indemnizadas por la EMOV. Para probar las afectaciones psicológicas, aporto un informe pericial elaborado por el psicólogo clínico Carlos Ochoa Barzallo (fojas 31-39). Este perito valoró al actor el 3 de septiembre de 2018 y concluyó que el actor presentaba un trastorno de estrés pos traumático que generaba *"malestar clínicamente significativo y un deterioro importante en el ámbito laboral, familiar y personal"*. Además, en la sustentación oral del informe, dijo que el tratamiento psicológico que requeriría el actor sería de 3 a 9 meses, en promedio, con una sesión semanal o una cada 15 días.

5.46. Con base en ese informe pericial, este tribunal da por probada la existencia de las afectaciones psicológicas, sufridas por el actor a raíz de la caída. También, da por probado el dolor del actor en función del informe pericial elaborado por el médico forense Miguel Méndez Rojas, pues ahí se señaló que el actor necesitó un *"tratamiento* ***analgésico*** *antiinflamatorio"* (reverso de foja 42).

5.47. En los párrafos precedentes, este tribunal ha constatado la existencia de daños materiales y morales sufridos por el actor, así como su relación de causalidad con la caída de la cubierta, ocasionada por el riesgo creado por el EMOV. Por lo cual, este tribunal corrobora que se cumplen el segundo y tercer presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

iii. La imputación del daño

5.48. En este punto, ya se ha verificado que los daños indemnizables a Carlos Adrián Romero Larrea fueron el resultado del *riesgo creado* por la EMOV y como tal, son imputables a tal entidad. Además, en este caso, la EMOV y la Procuraduría General del Estado no han proporcionado elementos que permitan determinar que los efectos dañosos sufridos por el actor se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, o que fueron producto del hecho de un tercero o de la culpa de la víctima. En consecuencia, también se verifica el cumplimiento de este presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

5.49. Tras haber constatado que se cumplen los cuatro presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado, procede una indemnización de daños y perjuicios a favor del actor. Esta será cuantificada a continuación.

2. La cuantificación de daños

5.50. Los daños materiales fueron cuantificados en USD 343.77. La justificación para ello consta desde el párrafo 5.27 hasta el 5.43 *supra*. Por ende, solo resta que este tribunal cuantifique el daño moral. En vista de que no existen normas que asignen y predeterminen montos de indemnización por daños morales, este tribunal puede aplicar la equidad natural, casos análogos y principios del derecho universal, conforme los numerales 6 y 7 del artículo 7 del Código Civil, en concordancia con el artículo 4 de dicho cuerpo normativo. Además, se emplearán los criterios señalados en los párrafo 4.37 y 4.38 *supra* para tener parámetros objetivos con los cuales este tribunal pueda graduar la correspondiente indemnización.

5.51. En la especie, el primer bien extrapatrimonial afectado es la sensación de bienestar físico. A raíz de la caída, el actor experimentó dolor. Su duración se fijará en 10 días que fue el tiempo de reposo que le concedió el médico clínico que revisó al actor el día de la caída.

5.52. Ese parámetro temporal es menor al que afirmó la parte actora en su demanda, quien señaló 31 días con base en el informe pericial del médico forense Miguel Méndez Rojas, pero los motivos por los cuales no se tiene por probado ese tiempo ya fueron expresados en los párrafos 5.41 y 5.42 *supra*. Además, el tiempo de reposo de 10 días, concedido por el médico clínico, no fue discutido por la EMOV. Por el contrario, su abogado aceptó el hecho de que esa fue la medida temporal concedida por el médico al momento en que interrogó al médico forense Miguel Méndez Rojas y cuestionó porqué en el informe daba más días de reposo de los 10 que había otorgado el clínico.

5.53. Por eso, la duración del dolor se fijará en 10 días. Ahora, en cuanto a la intensidad de este, se observa lo siguiente:

> 1. Al momento de la caída, el dolor experimentado por el actor debió haber sido intenso, pues descendió desde la altura de una cubierta y cayó sobre las extremidades de una banca metálica que estaba volteada. Esta apreciación del tribunal se basa en una máxima de la experiencia: un golpe produce dolor al hombre promedio. En este caso, ese dolor debió ser grave porque el golpe, al ser desde la altura de una cubierta, implica

la fuerza de la gravedad y el peso del actor. Además, el punto de caída no fue una superficie acolchonada, inflable o una red de protección, sino una banca metálica.

2. El actor recibió tratamiento médico para sus lesiones físicas el mismo día. Es decir, desde ese momento hasta la finalización de los 10 días, estuvo medicado con analgésicos. Por lo cual, el dolor tuvo que haberse reducido progresivamente. Esto también se basa en una máxima de la experiencia: los medicamentos analgésicos están destinados a aliviar e incluso suprimir el dolor. Entonces, el dolor experimentado por el actor -desde que recibió atención médica al día 10 del tratamiento- tuvo que haber variado de un nivel moderado a leve, hasta inexistente.

5.54. Además, de los criterios de duración e intensidad del dolor experimentado por el actor, el presente tribunal estima importante resaltar que *"la reparación en dinero podría aumentar teniendo en cuenta la intensidad del dolor sufrido y según las modalidades del hecho y el estado económico del demandante, pues, ante una mayor indemnización monetaria, este podrá aliviarse en mayor grado de sus aflicciones"* [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 493].

5.55. Bajo esa idea y considerando que no se tienen elementos para medir los ingresos del actor (párrafos 5.38 al 5.40 *supra*), es razonable considerar que si el salario básico mensual de 2018 (USD 386) podía proporcionar un estándar de sobrevivencia a una persona, un valor superior a ese, proporcionaría recursos económicos para que una persona se procure medios de satisfacción personal, distintos a las necesidades básicas [Acuerdo MDT-2017-0196, Suplemento R.O. 154, 5 de enero de 2018]. Entonces, por cada día que el actor experimentó dolor, merece una indemnización proporcional a su dolor, es decir, un día de salario básico (USD 12.86 aproximadamente) más un recargo adicional, que le permitiera gozos más allá de las necesidades.

5.56. Ante un dolor intenso, el actor debe recibir una indemnización significativa para aliviar su aflicción; y, ante un dolor moderado a leve, una indemnización que, en esa misma medida, le permita superar su dolencia. El primer día de los diez se toma como aquel en el que el actor experimentó un dolor intenso porque en ese sufrió la caída. Progresivamente, el dolor decreció hasta desaparecer. Así, el **día 1 de dolor** debe tener un recargo del 100% respecto de un día de salario básico, aplicando el 100% como máxima expresión matématica, en vista de que se trata de la intensidad más alta de dolor.

5.57. Son nueve días restantes de dolor, por lo cual, el recargo del 100% debe reducirse gradualmente hasta llegar a cero, cuando ya no exista dolor. Matemáticamente, cada día de dolor después del primero debería expresarse como una reducción sucesiva de 10 puntos porcentuales en el recargo (100% dividido para 10 días). De esta manera, luego de haber transcurrido los 10 días, el recargo sería igual a 0% al igual que el dolor del actor. En detalle, la indemnización del actor sería la siguiente:

- Día 1: USD 25.73 (un día de salario básico más un recargo del 100%)
- Día 2: USD 24.44 (un día de salario básico más un recargo del 90%)
- Día 3: USD 23.16 (un día de salario básico más un recargo del 80%)
- Día 4: USD 21.87 (un día de salario básico más un recargo del 70%)
- Día 5: USD 20.58 (un día de salario básico más un recargo del 60%)
- Día 6: USD 19.30 (un día de salario básico más un recargo del 50%)
- Día 7: USD 18.01 (un día de salario básico más un recargo del 40%)
- Día 8: USD 16.72 (un día de salario básico más un recargo del 30%)
- Día 9: USD 15.44 (un día de salario básico más un recargo del 20%)
- Día 10: USD 14.15 (un día de salario básico más un recargo del 10%)

5.58. En total, el actor merece una indemnización de USD 199.40 por el dolor físico sufrido a raíz de la caída. Establecido esto, es necesario que el tribunal cuantifique la indemnización por las secuelas psicológicas, que es el otro bien extrapatrimonial afectado.

5.59. En este punto, vale precisar que sólo se cuantificarán los daños morales de esa afectación, pues el costo de un tratamiento psicólogico, aunque podía estimarse como un daño material susceptible de ser indemnizado en el marco del daño emergente, esto no fue solicitado por el actor en su demanda. Entonces, en virtud del principio dispositivo y la congruencia que debe guardar una decisión jurisdiccional con el objeto de la litis, no procede

que este tribunal conceda cuestiones distintas, ni adicionales a las reclamadas por el actor en su demanda.

5.60. Precisado lo anterior, es necesario fijar la temporalidad e intensidad de las secuelas psicológicas como parámetros objetivos para cuantificar el daño moral. Para el efecto, se debe revisar el informe de evaluación psicológica que practicó Carlos Ochoa Barzallo. Esta fue realizada en septiembre, es decir, al sexto mes de la caída; y, para ese momento, el perito determinó que el actor aún sufría de ansiedad *"clínicamente significativa"* y que, además, necesitaría un tratamiento psicológico que podría variar entre 3 a 9 meses.

5.61. Por lo cual, la duración de la afectación se fija en 12 meses (6 meses que ya habían transcurrido desde la caída hasta la valoración, más otros 6 meses que es la mediana entre 3 y 9 meses del tratamiento). Su intensidad fue advertida por el perito como *"Ansiedad Moderada, dividida esta en 10ptos síntomas de una ansiedad Física y 12ptos Ansiedad Psíquica, calificaciones que denotan la importante presencia de síntomas de ansiedad, no correspondientes a parámetros de normalidad"* y un *"estado emocional negativo persistente"* (fojas 32 y 33).

5.62. Bajo ese contexto, el presente tribunal estima que la ansiedad del actor persistió durante 12 meses, impidiéndole disfrutar de la vida cotidiana por tener sueños y recuerdo angustiosos, además de un estado negativo de ánimo. En razón de ello, merece una indemnización proporcional a un valor que, en ese tiempo, le hubiese ayudado a procurarse satisfacciones para superar su aflicción. En equidad, se fija la indemnización en la mitad de 12 salarios básicos unificados de USD 386 mensuales, conforme estaba vigente al 2018. En otras palabras, un total de USD 2 316 por las secuelas psicológicas de la caída.

5.63. En este caso, el presente tribunal considera que un excedente en los ingresos del actor por medio salario básico unificado mensual hubiera permitido que este se procure ciertos placeres para compensar su ansiedad. Además, se ha usado el parámetro dinerario del salario básico mensual porque, como se dijo anteriormente, no se tenían medios para medir los ingresos del actor. Se sabe que los tenía porque aquello va implícito en su alegación de la *pérdida de ganancias* como consecuencia de la caída, pero en defecto de pruebas para determinar tales ingresos, se ha acudido al general ´standard` de vida. Al final, sería *"injusto e inequitativo no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible"* [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 821].

5.64. Por las consideraciones señaladas en los párrafos precedentes, la indemnización que corresponde al actor en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños materiales y morales sufridos, es de USD 2 859.17.

VI. Decisión

6.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta** el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP y por lo tanto decide **casar** la sentencia dictada el 29 de enero de 2020 a las 12h13 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca.

6.2. En virtud del artículo 273.4 del COGEP y en relación a los méritos del caso, se **acepta parcialmente** la demanda de Carlos Adrián Romero Larrea y se dispone que la EMOV pague al actor una indemnización de USD 2 859.17 por daños materiales (USD 343.77) y morales (USD 2 316 más USD 199.40). Se rechazan las costas y honorarios por no configurarse los presupuestos del artículo 284 del COGEP. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 01803-2018-00396

Juez Ponente: Dr. Fabián Patricio Racines Garrido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, miércoles 8 de septiembre del 2021, las 10h58.

VISTOS: Por disentir de la mayoría, de conformidad con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, me aparto del criterio de mayoría y emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, concuerdo con la construcción jurídica que consta en la sentencia de mayoría sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que se evidencia el cumplimiento de sus requisitos, a saber: **(i)** factor de atribución en la categoría del riesgo creado, **(ii)** nexo de causalidad de la actividad pública y el daño causado y **(iii)** la imputación del daño; y, en consecuencia, la entidad pública está en la obligación de indemnizar los daños causados; sin embargo, disiento de la sentencia de mayoría toda vez que la indemnización a reconocerse debió calcularse de la siguiente manera:

Daños materiales: Su duración se fijará en 10 días que fue el tiempo de reposo que le concedió el médico clínico que revisó al actor el día de la caída. Se tomará para la base del cálculo la remuneración básica unificada de aquel año, esto es, USD 386 de los Estados Unidos de América. Dicho rubro se dividirá para 30 días y se multiplicará por los 10 días que estuvo en reposo, lo que nos da un total de: **CIENTO VEINTE Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (USD. 128.66), COMO DAÑO MATERIAL.**

Daño moral: Se desprende del expediente, la evaluación psicológica que practicó Carlos Ocho Barzallo, en el que el perito determinó que el actor aún sufría de ansiedad "clínicamente significativa" y que, además necesitaría un tratamiento psicológico que podría variar entre 3 a 9 meses. Su intensidad fue advertida por el perito como *"Ansiedad Moderada, dividida esta en 10 ptos síntomas de una ansiedad Física y 12 ptos Ansiedad Psíquica, calificaciones que denotan la importante presencia de síntomas de ansiedad, no correspondientes a parámetros de normalidad y un estado emocional negativo persistente."*

En esta línea, y sobre la base de la evaluación psicológica se puede concluir que el actor:

Necesitará un tratamiento psicológico por 12 meses. Para su cálculo, tomaremos la remuneración básica unificada de aquel año, esto es, 386 dólares americanos multiplicados por los 12 meses de terapia. Entonces: 12 meses por 368 dólares nos da un total de **CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 4416).**

Es preciso indicar que este valor tiene relación con el tratamiento que el actor deberá seguir para retomar su habitual ritmo de vida. Por otra parte, también es necesario tomar en cuenta la sensación de angustia, miedo, sufrimiento o padecimiento síquico, estrés, sensación anímica de inquietud y estado emocional negativo persistente que el actor, pese al tratamiento psicológico, seguirá padeciendo. Por esta razón, y bajo parámetros de equidad, se reconoce además **CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 4416).**

Por lo tanto, la indemnización por el **DAÑO MORAL** asciende a la cantidad de **OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 8832).**

En virtud del artículo 273.4 del COGEP y en relación a los méritos del caso, se acepta parcialmente la demanda de Carlos Adrián Romero Larrea y se dispone que la EMOV pague al actor una indemnización de **OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (USD 8960,66)** por daños materiales y morales. Se rechazan las costas y honorarios por no configurarse los presupuestos del artículo 284 del COGEP. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *17811-2019-00987*
Resolución Nro. *848-2021*
Fecha**:** *viernes 29 de octubre de 2021, las 15h49*

TEMA: Cumplimiento de contrato.

ASUNTO

Glauco Leonardo Báez Vera, en su calidad de procurador Común y representante Legal del Consorcio BIGDIG S.A. y ASOCIADOS, interpone una acción subjetiva en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (EPMAPS) y del Procurador General del Estado. Señala como pretensión se declare el incumplimiento del contrato para la Construcción de las Obras del Proyecto: Nuevo Colector 24 de mayo, parroquia San Roque del Distrito Metropolitano de Quito y se proceda a la reparación del daño, a través de la adecuada liquidación de los rubros contratados que no fueron reconocidos o que fueron aplicados equivocadamente, así como de los rubros no contratados, pero que fueron ejecutados con conocimiento y aceptación, tácita o expresa.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, previo resolver la pretensión subjetiva presentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, analiza sobre la oportunidad para presentar demandas contencioso administrativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la ley de la materia, fijando en estos términos el objeto de análisis del caso concreto.

Refiere el tribunal que conforme lo establecido en la Resolución No. 13 – 2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el término de cinco años previsto en el artículo 65 de la ley de la materia para interponer la acción contencioso administrativa, empieza a recurrir conforme lo preceptuado en la regla 20 del artículo 7 del Código Civil, desde el 18 de abril de 2008.

Concluye refiriendo el tribunal que queda evidenciado que desde que se produjo el acto administrativo, hasta la fecha en que se presentó la acción, se ha excedido el término previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente a la época y, en consecuencia, la demanda fue presentada fuera del término legal establecido como oportunidad para deducirla, ya que se excedió el término de los cinco años contados a partir de la notificación de la resolución No. 008, en la cual se resolvió declarar la terminación unilateral del contrato, por ende se ha extinguido el derecho impugnatorio por la propia inactividad del administrado, por lo que inadmite la demanda presentada por el Consorcio BIGDIG S.A. y ASOCIADOS, por haber operado la caducidad de la acción.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2019-00987

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, viernes 29 de octubre del 2021, las 15h49.

VISTOS:

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango (ponente) ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-20+21 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** El Dr. Iván Larco Ortuño, Juez Nacional Encargado, mediante Oficio No. 018-2021-2021-CNJ-D-ILO de 16 de julio de 2021 presentó su excusa para conocer y resolver la presente causa por encontrarse incurso en la causal prevista en el artículo 22 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos, la misma que fue aceptada en auto de 27 de julio de 2021. **d)** La Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Conjueza Nacional Encargada ha sido designada mediante sorteo de 25 de agosto de 2021 para reemplazar al Dr. Iván Larco Ortuño. **e)** Mediante los sorteos de 7 de mayo de 2021 y 25 de agosto de 2021, la presenten causa signada con el número No. **17811-2019-00987**, ha sido asignada a esta Sala Especializada, de la cual avocamos conocimiento; y, estando ella en estado de dictar sentencia, para hacerlo se considera:

SEGUNDO: ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió auto dentro de esta causa signada con el No. 17811-2019-00987, el 30 de agosto de 2019, las 12h19, promovido el Consorcio BIGDIG S.A. Y ASOCIADOS, representado legalmente por el ciudadano Glauco Leonardo Báez Vera; en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento y la Procuraduría General del Estado, auto en el cual se ha decidido inadmitir la demanda por haber operado la prescripción de la acción y dispone el archivo de la causa.

2.2.- RECURSO: La parte **accionante** en el juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundada en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y, concretamente en los casos: **primero** por falta de aplicación de los artículos 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial y 13 del Código Orgánico General del Procesos, por indebida aplicación del artículo 307 del Código Orgánico General del Procesos y por errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, **segundo** por falta de motivación del fallo recurrido.

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 26 de febrero del 2020, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: 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, 270 del COGEP. Debe señalarse que, a la audiencia de sustentación del recurso de casación, solamente asistió el casacionista quien sustentó su recurso; sin que haya podido efectuarse la contradicción a aquella por la inasistencia de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento y de la Procuraduría General del Estado; diligencia cumplida en los términos de los artículos 88, 90, 273 y 313 del Código Orgánico General de Procesos en la que se generó el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su auto de inadmisión estimó, principalmente, que:

"El artículo 1 de la resolución No. 13-2015, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia señala: "Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, en el siguiente sentido: a) Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación; b) Operada la caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito; y, c) La clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado o ejecutar el silencio administrativo, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal así señalarlo, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente"… En el caso, en aplicación de la resolución antes mencionada y en virtud de la pretensión fijada por el accionante en su demanda, el Tribunal determina que la misma contiene una acción contenciosa administrativa especial de conformidad a lo dispuesto en el artículo 326, número 4 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo tanto, según lo establecido en la regla 20 del artículo 7 del Código Civil que señala: "Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: 20.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente"; se debe tomar en cuenta lo determinado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo relacionado a la oportunidad de presentar las demandas de esta naturaleza, y que en el artículo 65 de ese cuerpo normativo, se indicaba: "El término para deducir la demanda en la vía administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de

garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años." (Las negrillas corresponden al Tribunal); disposición legal que se recoge también en el artículo 306, número 5 del Código Orgánico General de Procesos. Este criterio fue señalado por la Sala Especial de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional en la causa No. 17741-2016-1136, de la siguiente manera: "…la Disposición Final Primera del COGEP dispone que en todo lo no previsto en este cuerpo normativo se observarán, de forma supletoria, entre otras, las disposiciones vigentes del Código Civil.". El numeral 20 del artículo 7 del Código Civil dispone: "… los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo vigente…" De esta manera queda evidenciado que desde que se produjo el acto administrativo, hasta la fecha en que se presentó la acción, había excedido el término previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente a la época,…". La doctrina en relación a la caducidad en materia contenciosa administrativa ha manifestado, lo siguiente: "la fijación de un término de caducidad para el ejercicio de la acción procesal administrativa está fundada en el propósito de dar estabilidad al acto administrativo no impugnado dentro de ese término. Para que los actos de la Administración no queden a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido, se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés de los particulares no puede hacerse valer. Estos plazos limitativos del término para ejercer la acción procesal administrativa son de caducidad de la acción, tienen naturaleza procesal y se refieren a la interposición de la demanda". También sobre este tema se ha dicho que: "la actividad administrativa es esencialmente dinámica, con un dinamismo continuado que obedece a un plan que no debe detenerse más que lo estrictamente necesario. Frente a ello resulta de interés un régimen de caducidad que limite y haga cesar cuanto antes la 'interinidad' que en la marcha y desenvolvimiento de las actuaciones administrativas implica toda potencial impugnación. Se trata con ello de evitar que una inactividad injustificada alargue en demasía aquella 'interinidad' del acto administrativo y las consiguientes perturbaciones en la marcha de la Administración…".- Consecuentemente, el término para interponer la acción contencioso administrativa en el presente caso empezó a correr y se rige por la ley que estaba vigente en el 2008, esto es, con el término previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que es de cinco años, por lo que, el Tribunal considera en uso de sus atribuciones, que la demanda debió interponerse dentro del término de cinco años contados desde la notificación de la resolución, con la cual resuelven declarar la terminación unilateral del contrato; y, se determina que se ha configurado la caducidad del derecho para proponer la acción establecida en el ordenamiento jurídico, pues, desde el 18 de abril del 2008, hasta la fecha de presentación de la demanda, tal como se desprende del Acta de sorteo se efectuó el 28 de junio del 2019, según obra a fs. 1567 del proceso transcurrió en exceso el referido término legal.- Uno de los requisitos procesales para la admisibilidad de la demanda en juicio contencioso administrativo es que sea interpuesta dentro del lapso que establece el ordenamiento jurídico, por tanto, en el presente caso, la demanda fue presentada fuera del término legal establecido como oportunidad para deducirla, y por ende se ha extinguido el derecho impugnatorio por la propia inactividad del administrado. (…) Igualmente el artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos que a la letra dispone: "En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.", de lo cual se establece que es facultad de los Jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo declarar la caducidad de la acción respecto de la pretensión propuesta en la demanda, por lo tanto, resulta evidente que en el caso ha operado la prescripción del derecho a presentar la

demanda, aun cuando lo adecuado en Derecho Administrativo debería referirse a la caducidad, por ser una institución propia del Derecho Público (…). Por lo que los hechos esgrimidos por el accionante, en los que aduce que el término para presentar la demanda empezaron a transcurrir desde el día 27 de octubre de 2015, fecha en la cual se emitió la sentencia 302-15-SEP-CC, de la Corte Constitucional en la que dice: "..3.1. Dejar sin efecto la sentencia expedida el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación No. 826-2011-ro.; 3.2. Dejar sin efecto la sentencia expedida el 23 de agosto de 2011, por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la causa No. 042-2011.; 3.3. Dejar sin efecto el laudo arbitral expedido por los árbitros Ramiro Borja y Borja, Carlos Solines Coronel e Iván Rengel Espinosa, el 03 de febrero de 2011 a las 10h00, dentro del caso No. 010-2009, con todos sus efectos y actos ulteriores generados como consecuencia de la ejecución del fallo, y se dispone el archivo de la causa…", observando que en la misma se dicta ya el archivo del laudo arbitral, por lo que lo aseverado por el accionante no es correcto, pues como se explicó en líneas anteriores, ya que la caducidad tienen naturaleza procesal y se refiere a los término para la interposición de la demanda, y esta no se ve interrumpida por el inicio del proceso arbitral, ni la emisión de la sentencia de la Corte Constitucional.- Observando que en la presente demanda, ha transcurrido en exceso el término de los cinco años que tenía la accionante para deducir su acción, lo que genera que se produjo la caducidad del derecho para demandar. En consecuencia, este Tribunal garantizando en forma irrestricta la aplicación de los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y dispositivo, consagrados en los artículos 82, 75 y 168 número 6 de la Constitución de la República, respectivamente, el artículo 5 del Código General de Procesos, así como el artículo 307 del COGEP, se inadmite la demanda presentada por el señor Glauco Leonardo Báez Vera, en su calidad de procurador Común y representante Legal del Consorcio BIGDIG S.A. y ASOCIADOS, por haber operado la prescripción de la acción que con mayor propiedad en Derecho Administrativo corresponde a la caducidad y se dispone el archivo de la causa. Se ordena la devolución de los documentos anexados a la demanda sin necesidad de dejar copias en autos".

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: El recurso interpuesto por el Consorcio BIGDIG S.A. Y ASOCIADOS, se acoge a las causales **primera** y **segunda** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos;

7.1 Sobre la causal primera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

7.1.1 Alcance de la causal: La causal primera del artículo 268 del COGEP, se refiere al vicio del auto o sentencia recurrida que se genera:

"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no hay sido subsanada en forma legal".

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, han sido coincidentes en reiterar que esta causal, está orientada a atacar *"la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo"* (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama "El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional". Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

Varios son los elementos que trae la norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen; a saber:

a)) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas; es por ello que, respecto de una misma norma no puede alegarse sino uno de esos yerros (aplicación, indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); por consiguiente, si se escogen dos modos o tres, para denunciar la infracción de una misma norma, el recurso es absolutamente improcedente, por una evidente incongruencia y contradicción. Es indispensable por tanto que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b)) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el

proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; cabe entonces preguntar, en qué circunstancias pueden estar presentes estos dos institutos jurídicos que trae la causa; al respecto, se puede apreciar:

b.1 Nulidad: El mismo autor (Tama, p.188), sobre esa nulidad expresa: "Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal.".

Diremos entonces que para que la fundamentación, sobre esta causal, tenga una proposición jurídica completa debe el casacionista referir cuál de las causales de nulidad contempladas en el COGEP está presente en la sentencia o auto interpelado; causales que de modo taxativo las contempla el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, las cuales específicamente son: "1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la Ley prescribe".

Debe por tanto tenerse presente que, en la casación, es aplicable y fundamentalmente en esta causal, el denominado principio de especificidad el cual determina que las únicas causales por las cuales puede declararse la nulidad del proceso judicial, son aquellas que de modo expreso están determinadas en la Ley; sin que otros vicios puedan tener el mismo efecto; *pas de nullité sans texte (sin texto no hay nulidad).*

b.2 Indefensión: La indefensión puede ser definida como aquel hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial. Se impide la defensa cuando se imposibilita, se prohíbe, o se priva que la persona pueda exponer su posición en el juicio o presentar y actuar pruebas para justificar su derecho. Se restringe la defensa en cambio, cuando se dificulta, se veda, se coarta o se obstaculiza ese derecho; a través de distintos medios, sean físicos, de autoridad o jurídico-procesales; imposibilitando el uso de los medios o haciendo que estos sean realmente insuficientes, para la finalidad perseguida por la persona que sufre esa acción o esa omisión.

Varias son las normas jurídicas que trae la Constitución ecuatoriana, orientadas a garantizar los derechos de defensa de las personas; así: Articulo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso; artículo 77; entre otros; varios de los cuales están desarrollados en varios cuerpos legales.

Consecuentemente, cuando se denuncia los vicios relativos a esta causal, en la modalidad de indefensión, es indispensable asimismo que se establezca con claridad cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales o convencionales que determinen ese vicio.

c)) Y que estando presente causa de nulidad o elementos que justifiquen la existencia de indefensión hayan influido, por la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia; la cual opera condicionada a que esa nulidad no haya sido objeto de subsanación legal en el proceso.

La doctrina y los fallos expedidos por las salas especializadas de la ex Corte Suprema de Justicia y por las que pertenecen a la actual Corte Nacional de Justicia, coinciden en señalar que:

> *"Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal…" (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama "*El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional". Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

7.1.2 Sustento del recurso interpuesto: El recurrente sostiene, en su recurso, que el auto que reprocha, está inmerso en la causal primera del

artículo 268 del COGEP, por adolecer de los siguientes vicios:
a) Falta de aplicación de los artículos 129-9 del Código Orgánico de la Función Judicial y 13 del COGEP e indebida aplicación del artículo 307 del COGEP; y,
b) Por errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
7.1.2.1 Es criterio reiterado en materia de casación que los fundamentos en los que se sustentan los recursos de casación deben estar acompañados de una proposición jurídica completa; la cual, en caso de que se alegue la falta de aplicación de una norma jurídica, el yerro va hermanado de la indebida aplicación de la norma que ha sido aplicada por el juzgador, en lugar de la que se denuncia como omitida.
Las normas infringidas, según el recurso en análisis ordenan:
Por falta de aplicación:

> ***COFJ: Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.-*** *A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: (…)9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción (…).*
>
> ***COGEP: Art. 13.- Excepción de incompetencia.*** *Planteada la excepción de incompetencia, la o el juzgador conocerá de esta en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, de ser el caso. Si la acepta, remitirá de inmediato a la o al juzgador competente para que prosiga el procedimiento sin declarar la nulidad, salvo que la incompetencia sea en razón de la materia, en cuyo caso declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso a la o al juzgador competente para que se dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción.*

Indebida aplicación del COGEP:

> ***Art. 307.- Prescripción.*** *En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.*

Estima el recurrente que, si el Tribunal de instancia hubiese aplicado las normas infringidas al dictar el auto recurrido, no se hubiere inadmitido la demanda.
Que no existe caducidad o prescripción del derecho de acción cuando se ha declarado la nulidad del proceso; que, cuando se cita con la demanda la prescripción se interrumpe hasta que se declara la nulidad
Que, el contrato entre el Consorcio BIGDIC S.A. y Asociados (El Consorcio)la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (EPMAPS), se suscribió el 07 de abril de 2006, el cual fuera terminado unilateralmente el 18 de abril de 2008, por lo que los cinco años empiezan a correr a partir de ese día, que también constituye la fecha de notificación de la antedicha resolución; plazo que se interrumpió el 16 de julio de 2009, con la citación de la demanda arbitral a la EPMAPS, propuesta por el Consorcio, conforme el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil; por tanto, hasta esa fecha, transcurrió 1 año y tres meses.
El proceso arbitral culmina con la Sentencia No. 302-15-SEP-CC, expedida por la Corte Constitucional que declara la nulidad del proceso judicial que por nulidad del arbitraje se ventilara en Corte Provincial y del laudo arbitral, por incompetencia en razón de la materia. Que es a partir de esa sentencia (27 de octubre de 2015), que vuelven a correr los plazos de prescripción.
Por tanto, de esa fecha a la presentación de la demanda contencioso administrativa, habían

transcurrido 3 años y 8 meses, lo que sumado al tiempo anterior trascurrido para la prescripción (1 año y 3 meses), da una totalidad de 4 años y 11 meses, tiempo menor de los 5 años que prevé la norma.

En consecuencia, sostiene que, al no haberse aplicado estas normas procesales, se ha viciado el proceso de nulidad insubsanable y ha causado indefensión al determinarse erróneamente que ha existido caducidad/prescripción del derecho de acción, pese a estar dentro de los 5 años previstos en la norma.

Que si bien corresponde a los jueces contencioso administrativos declarar la caducidad o prescripción del derecho de acción y, en consecuencia, inadmitir la demanda, como ordena el artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos, el caso presente no se halla dentro del presupuesto de esa norma, por lo que su aplicación es indebida.

Manifiesta que existió una indebida aplicación del artículo 307 del COGEP, lo cual condujo a una falta de aplicación de los artículos 129.9 y 13 del COGEP.

Que la nulidad no ha sido subsanada, ya que el error cometido por el juzgador de instancia al inadmitir la demanda se mantiene hasta tanto el Juez de Casación case ese auto definitivo

7.1.2.2 Dentro de la misma causal primera del artículo 268 del COGEP, el casacionista alega la errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; norma que ha sido debidamente usada, pero equivoca al justificar la supuesta existencia de la caducidad o prescripción del derecho a la acción, argumentando que la existencia de ese vicio en el auto recurrido, "es trascendente en la decisión de la causa pues el alcance que da **el Tribunal no considera** todos los hechos del caso que se expusieron ampliamente en el acápite precedente, en particular, la existencia de una declaratoria de nulidad por incompetencia en razón de la materia, que tiene como consecuencia que los tiempos transcurridos entre la citación de la demanda y la declaratoria de nulidad no se cuenten para los términos de caducidad ni prescripción del derecho de acción".

7.1.2.3 Análisis y motivación:

7.1.2.3.1 Es necesario que el análisis respecto a la causal primera se lo centre en función de los elementos que han sido esbozados en el ordinal 7.1.1 de esta sentencia; para este objeto se aprecia que:

El recurso, sobre esta causal determina con precisión que los vicios afectadores de la legalidad del auto recurrido son a) Falta de aplicación de los artículos 129-9 del Código Orgánico de la Función Judicial y 13 del COGEP e indebida aplicación del artículo 307 del COGEP; y, b) Errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El recurso anuncia que los yerros señalados han viciado el proceso de instancia de nulidad insanable lo cual les ha provocado indefensión.

7.1.2.3.2 Al respecto es preciso señalar que la causal escogida establece que los vicios denunciados deben viciar *"al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión";* en consecuencia, cuando la norma refiere estos dos presupuestos, lo hace usando la conjunción "o", que es sin duda una conjunción disyuntiva que distingue alternativamente lo uno de lo otro; en otros términos la disposición legal distingue que los vicios pueden afectar de nulidad al proceso o, de modo alternativo e independiente, separado de éste, causar indefensión al casacionista; por consiguiente, la fundamentación del recurso debe referirse solo a la nulidad o a la indefensión, sin que se puedan juntar estos dos presupuestos normativos por no tener la condición de copulativos.

Mas, en el caso el casacionista incumple el rigor de la causal, cuando señala que es la nulidad que denuncia la que le ha causado indefensión, por cuanto en el auto atacado erróneamente se ha concluido en la existencia de caducidad al presentarse la demanda extemporáneamente; lo cual es impertinente a la causal como se ha manifestado.

No está por demás señalar que el recurso, tampoco explica de qué manera el auto recurrido ha impedido o ha restringido la defensa al casacionista; sin que se haya hecho referencia alguna a los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución que refiere normas relacionadas al debido proceso que se encuentran a su vez desarrolladas en cuerpos jurídicos de jerarquía menor.

7.1.2.3.3 Ahora bien, cuando la causal refiere a que los yerros denunciados han viciado el proceso de nulidad insubsanable, la doctrina y jurisprudencia citada, han sido coincidentes en señalar que en ese caso, la fundamentación ha de contener una proposición jurídica completa, que se compone: a) de la precisa explicación de la existencia del vicio de falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de norma procesal; subsumiendo el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que se denuncia como infringida y, b) el complemento indispensable que consiste en la referencia y sustento de la norma jurídica de orden procesal, que

contiene el o los casos de nulidad en el que habría incurrido la decisión judicial reprochada.

No puede descuidarse que la legislación nacional, en cuanto a la nulidad, se sostiene en el principio de que solo hay nulidad cuando la ley lo contempla *(pas de nullité sans texte*); principio que consta en el inciso final del artículo 107 del COGEP, que ordena: "Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto"

7.1.2.3.4 En ese contexto, es claro que la proposición jurídica, en esta causal, será completa cuando el fundamento, establezca la imbricación necesaria entre la causal y la norma legal que contemple la nulidad; nulidades que de modo taxativo se encuentran determinadas en el artículo 107 del COGEP; las cuales son:

"Art. 107. *Solemnidades sustanciales.- Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios:*

1. Jurisdicción.
2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.
3. Legitimidad de personería.
4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.
5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.
6. Notificación a las partes con la sentencia.
7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la Ley prescribe".

De la revisión del recurso de casación, la Sala no observa que, ni en la interposición escrita como en la exposición oral hecha en audiencia de sustentación, el recurrente haya referido que, el auto interpelado, se encuentre incurso en alguna de las causas provocadoras de la nulidad, determinadas con precisión en la norma transcrita.

Asimismo, es pertinente señalar que no se explica, en el recurso, de modo sostenido la gravedad que las transgresiones denunciadas han generado en la decisión judicial que se ataca, salvo el señalamiento de que, de no haberse incurrido en los yerros, no se hubiese inadmitido la demanda. Se limita por otra parte a manifestar que la nulidad denunciada no ha sido subsanada, sin explicar los hechos o circunstancias en que esa nulidad ha sido tratada en el Tribunal emisor del auto recurrido, orientada a subsanar el yerro.

En efecto, si se atiende el contenido del artículo 110 del COGEP.

De modo que, además si se atiende el contenido del artículo 110 del COGEP, referente a la declaratoria de nulidad y su potencial convalidación, se puede encontrar que tal norma establece que

Art. 110.- Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada:
1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial.
2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación (...).
No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento".

Va de suyo entonces, que la causal primera opera, tanto para el caso de denuncias de nulidad o de indefensión, las cuales deben habérselas promovido en el trámite del juicio de instancia; es decir, haber sido objeto de la discusión procesal; de allí que, el recurso en su fundamentación debe tener la explicación de la manera en que la nulidad o la potencial indefensión han sido materia de tratamiento en instancia, lo cual implica que la postura del casacionista, en instancia, ha sido desestimada por el juzgador.

7.1.2.3.5 No obstante, de todo lo expuesto, que sería suficiente para rechazar el recurso por este extremo, la Sala estima pertinente pronunciarse, por la importancia del tema, respecto de las normas cuyo aviso de infracción ha expuesto el recurrente, respecto a:

(i) Falta de aplicación de los artículos 129-9 del Código Orgánico de la Función Judicial y 13 del COGEP e indebida aplicación del artículo 307 del COGEP

El recurso, adecuadamente hermana la falta de aplicación del artículo 13 y 129.9 del COGEP; con la indebida aplicación del artículo 307 del mismo Código.

El artículo 13 del COGEP, transcrito, hace relación a la excepción de incompetencia, determinando que planteada ésta, debe ser conocida en la audiencia preliminar y, de ser aceptada, el caso ha de ser remitido al juez competente, salvo si se tratase de incompetencia en razón de la materia, ya que de ser así, la remisión al competente se genera previa declaración de nulidad, a fin de que el juez competente de inicio al juzgamiento; es en ese caso, según la norma, que *"entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o*

prescripción del derecho o la acción".
Es claro que, en el auto recurrido, no ha sido usado el mencionado artículo, denunciado como omitido por el juzgador, de lo cual resulta necesario responder la pregunta de "¿es aplicable al caso el artículo 13 del COGEP?; puesto que, si la respuesta resulta afirmativa, sin duda la falta de aplicación de la norma estaría justificada. Ahora bien, en el presente caso, el auto expedido por el Tribunal Distrital el 30 de agosto de 2012, las 12h19, reprochado por el recurso en examen, es un auto de inadmisión de la demanda, expedido de entrada, el cual impide el inicio del proceso judicial, consecuentemente, es evidente que esa norma legal no es aplicable al caso, ya que sus presupuestos hacen expresa relación al caso en que se ha producido la calificación y admisión de la demanda, se han citado a los demandados, estos han contestado la demanda y se ha producido la audiencia preliminar en el juicio; siendo que es en esta audiencia en que el juzgador se pronuncia sobre la incompetencia. Es decir, la respuesta a esa pregunta, indubitablemente es negativa, de lo cual se infiere la improcedencia del recurso respecto de esta disposición.
(ii) Respecto del artículo 129.9 del COGEP, la disposición legal al referirse a los deberes genéricos de cualquier juzgador, sea individual o pluripersonal, establece la obligación de, al advertir su incompetencia, inhibirse del conocimiento de las causas; sin declarar la nulidad en el evento de que esa incompetencia si esta está referida al fuero personal, territorio o grados y, declarando la nulidad si se trata de incompetencia en razón de la materia. En el presente caso, no se ha justificado que el Tribunal que emitió el auto interpelado, sea incompetente para conocer y resolver el asunto, sea por razón de grado, fuero, territorio o materia; al contrario, no hay duda de que son los tribunales distritales de lo contencioso administrativo los competentes para conocer asuntos relacionados a las controversias que deriven de la contratación pública (Art. 217de la LOFJ, 300, 306 y 326 del COGEP); adicionalmente es claro que la norma se refiere a las causas judiciales, que sin duda alguna, dicen relación a las controversias sometidas a la decisión judicial; de modo que causa en ese sentido es sinónimo o equivalente a proceso judicial; el cual, por el auto de inadmisión recurrido, no pudo ser iniciado; por consiguiente, respecto de esta norma tampoco se ha justificado la necesidad de que sea aplicada en el auto materia del recurso.

En razón de que la indebida aplicación del artículo 307 del COGEP, ha venido hermanada, en el recurso de casación examinado, a la falta de aplicación de las normas legales referidas en los párrafos precedentes; ya que el recurso ha señalado que debieron aplicarse esas disposiciones omitidas, en lugar del artículo 307 que fuera, a su juicio, indebidamente aplicado; resulta lógico que al no haberse justificado la correspondencia de aplicación de los artículos 13 y 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial; la indebida aplicación del artículo 307 queda necesariamente excluida.
7.1.2.3.6 Respecto de la misma causal primera, el recurso afirma que el auto atacado, está viciado por la errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el argumento que sostiene el casacionista dice relación a que la norma es la que corresponde aplicarse al caso; sin embargo, equivoca al aplicarse por afirmarse la existencia de la caducidad o prescripción del derecho a la acción, lo cual es trascendente en la decisión que obra del auto impugnado, ya que no considera los hechos relacionados a una incompetencia en razón de la materia, por lo que, los tiempos transcurridos entre la citación de la demanda y la nulidad declarada no se cuentan para efectos de caducidad ni para la prescripción del derecho a la acción.
El vicio de errónea interpretación de una norma jurídica, implica la aceptación lógica de que la disposición legal ha sido aplicada correctamente en el caso, ya que es la llamada a dar solución al problema jurídico sometido a decisión judicial. Sin embargo, de ello, el juzgador no da a la norma jurídica el alcance que realmente tiene, esto es la razón intrínseca que el legislador estableció al promulgar la norma. Es por tanto indispensable que se explique, cuál es el alcance que el juzgador ha dado a la disposición jurídica infringida, cuál es el método de interpretación utilizado por el juzgador en su decisión, las razones por las cuales ese método no corresponde a la interpretación o, si el método usado siendo el correcto, sus reglas explicativas no tuvieron la aplicación debida; esos son elementos determinantes que deben ser explicados al juez casacional, para que su análisis se conduzca de manera adecuada, ya que ha de considerarse que el principio dispositivo, junto con la característica de extraordinario y formal del recurso de casación, impide a tales jueces suplir las potenciales falencias del recurso.

Debe asimismo tenerse presente que, la errónea interpretación corresponde a la norma y de ninguna manera a los hechos.

En la especie, la Sala Especializada, puede determinar que el casacionista expresa su inconformidad con la decisión judicial que reprocha, al considerar que el Tribunal de instancia hizo una interpretación errónea de la norma en cita, la cual fue usada para determinar que la demanda ha sido presentada fuera de tiempo; esto es de los cinco años que la disposición fija como plazo para la presentación de una demanda relativa a los conflictos surgidos de la contratación pública; en razón de que, sostiene el recurrente: el contrato entre el Consorcio BIGDIC S.A. y Asociados con la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, se suscribió el 7 de abril de 2006, el cual fuera terminado unilateralmente el 18 de abril de 2008, por lo que los cinco años empiezan a correr a partir de ese día; plazo que se interrumpe el 16 de julio de 2009, con la citación de la demanda arbitral a la EPMAPS, propuesta por el Consorcio, conforme el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil; por tanto, hasta esa fecha, transcurrió 1 año y tres meses.

El proceso arbitral culmina con la Sentencia No. 302-15-SEP-CC, expedida por la Corte Constitucional que declara la nulidad del proceso judicial que por nulidad del arbitraje se ventilara en Corte Provincial y del laudo arbitral, por incompetencia en razón de la materia. Que es a partir de esa sentencia (27 de octubre de 2015), que vuelven a correr los plazos de prescripción. Por consiguiente, de esa fecha a la presentación de la demanda contencioso administrativa, habían transcurrido 3 años y 8 meses, lo que sumado al tiempo anterior trascurrido para la prescripción (1 año y 3 meses), da una totalidad de 4 años y 11 meses, tiempo menor de los 5 años que prevé la norma.

Respecto a este argumento es preciso señalar que, en el auto recurrido, el Tribunal de instancia expresa que el tiempo para interponer la demanda es de cinco años, según el mentado artículo 65, aplicable al caso, los cuales deben contarse a partir de la notificación de la resolución administrativa que declaró la terminación unilateral del contrato; por lo que, desde el 18 de abril de 2008, hasta el 28 de junio de 2019 en que se presentó la demanda, ha transcurrido con exceso ese tiempo, de lo cual se infiere que la acción ha sido deducida cuando había caducado el derecho del actor para hacerlo.

En resumen, la norma ha sido debidamente aplicada, la forma de contar el tiempo para la presentación de la demanda, es desde el 18 de abril de 2008, según señala el auto atacado y el recurrente; por manera que, la diferencia real entre lo decidido en ese auto y la fundamentación del recurso, radica en que la providencia judicial consideró el conteo para declarar la caducidad, sin estimar interrupción alguna; en tanto que el casacionista sostiene que ese conteo debe apreciar la interrupción producida desde el 16 de julio de 2009 en que se habría producido la citación con la demanda arbitral a la EPMAPS, la cual ha sido propuesta por el Consorcio casacionista; de lo que infieren que la demanda inadmitida se la presentó a los 4 años y 11 meses, esto es antes de que venciera los cinco años determinados en la norma erróneamente interpretada.

Sobre esa base es pertinente señalar que la prescripción es aplicable para el caso de la adquisición o extinción de derechos sustantivos, previstos obviamente, en normas jurídicas de orden material; diferentes ciertamente a la caducidad, a la cual la legislación nacional la denomina prescripción de la acción, instituto jurídico que pertenece al derecho procesal, que se encarga de instrumentar el acceso a los derechos sustantivos; así, puede decirse que la prescripción puede extinguir el derecho al dominio de los bienes; en tanto que la caducidad, en lo relacionado a las personas hace que fenezcan derechos procesales entre ellos a presentar reclamos, recurso y, obviamente, demandas judiciales, cuando aquellos no han sido formulados dentro de los tiempos determinados en la Ley; allí puede entenderse la tácita renuncia o abandono del derecho a reclamar o a demandar.

En ese contexto, ha de entenderse que la caducidad pertenece al Derecho Público y se produce *ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción, es declarable de oficio, y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. El maestro Manuel María Diez dice que la caducidad es la inoperancia, la falta de actividad, del demandante, durante el tiempo legal; la cual "puede declararse de oficio o a petición de parte" (...) *"Debe presentarse la demanda en la sede del órgano judicial durante el tiempo que señala al respecto el ordenamiento jurídico…" ("Derecho Administrativo"*, Tomo VI, Editorial Plus Ultra, Bs As, 1972, páginas 152 y 131).

Cuando la Ley fija tiempos para el ejercicio de las acciones administrativas o las judiciales, ha de entenderse que el accionante tiene habilitación jurídica para obrar de la forma en que el ordenamiento

jurídico fija; esto es, observando los límites temporales determinados en la ley; por manera que, en caso de que aquellas no hayan sido ejercidas con esa oportunidad, el efecto lógico es el fenecimiento o extinción de ese derecho, a la cual la doctrina conoce como caducidad o prescripción extintiva de la acción.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, se caracteriza por cuanto ella no puede suspenderse ni interrumpirse por razón o motivo alguno, el tiempo en ese caso, decurre sin detenerse, partiendo de una fecha en la cual nace el derecho a la acción, hasta la fecha en que, ese tiempo concreto se extingue, por la falta de ejercicio de la acción; de modo que, si ese derecho se lo ejerce dentro del tiempo legal, no es que se interrumpe ese tiempo, sino que la acción ha sido ejercida oportunamente, el derecho a la acción ha sido usado dentro del tiempo legal.

En ese orden, en el presente caso, la norma del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fija para el caso de las controversias derivadas de los contratos públicos, el plazo de cinco años; los cuales en el presente caso deben contarse desde la fecha en que la Administración contratante declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato, así lo reconoce el recurrente y estimó el Tribunal de instancia en su auto de inadmisión, criterio con el que coincide esta Sala.

La caducidad se produce por el transcurso ininterrumpido del tiempo fijado por la ley para el ejercicio de la acción judicial, en razón de que responde al interés público, además de que garantiza que el ejercicio del derecho a la acción sea oportuno, sin que pueda estar a disposición intemporal, de las personas, de la administración y de los órganos judiciales el ejercicio debido de la acción, lo cual se entiende por la aplicación del principio de seguridad jurídica y de su garantía de la preclusión. Distinto, claro está a la prescripción la cual involucra derechos sustanciales de los particulares, responde por tanto al interés privado.

En ese contexto, es claro, para esta Sala, que la interpretación que el Tribunal Distrital ha hecho del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al aplicarla a los hechos es correcta, por responder a las características propias de la caducidad. Por consiguiente, el recurso por este extremo no es procedente.

7.2. Sobre la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: El recurrente sostiene que el auto del que recurre incumple el requisito de motivación al no existir caducidad o prescripción del derecho de acción, al considerar que:

> (…) De la revisión del auto definitivo se observa que el Tribunal realiza una amplia exposicion de la figura de caducidad/prescripción del derecho de acción; de hecho, las distintas citas doctrinarias y jurisprudenciales, así como de normas judiciales, que realizan los señores Magistrados dejan apenas unas sucintas líneas al final del auto definitivo en que consideran los hechos expuestos y que demuestran claramente que la demanda ha sido interpuesta dentro del término dispuesto por la norma. (…) Existen varias imprecisiones en lo manifestado por los señores Magistrados a lo largo del inmotivado auto definitivo, la más grave de ellas sin duda consiste en aseverar que la caducidad/prescripción no se ve interrumpida por el proceso arbitral ni la sentencia de nulidad por incompetencia en razón de la materia dictada por la Corte Constitucional, porque esto se encuentra en claro conflicto con la diáfana disposición de los artículos 13 COGEP y 129.9 COFJ, que lógicamente establecen que el tiempo transcurrido entre la citación de la demanda y la declaratoria de nulidad no se cuentan para determinar los plazos o términos para la caducidad o prescripción del derecho de acción. (…) el accionante si ejerció el derecho de acción ante la jurisdicción que en ese entonces era competente, por la existencia de cláusula arbitral válida, y ante los jueces arbitrales que se declararon competentes, por lo que mal se podría hablar de una inacción o falta de ejercicio por parte del Consorcio. Si es que la Corte Constitucional decidió tras seis años de litigio declarar la incompetencia de los árbitros para resolver la materia sometida a su conocimiento, es decir una incompetencia en razón de la materia, no es concebible que se deje sin posibilidad de atender las legítimas pretensiones del Consorcio, que fueron oportunamente planteadas, cuando existe un juez competente, el Tribunal Contencioso Administrativo. (…) el Tribunal insiste en su error de no considerar las particularidades y circunstancias del presente caso, para verificar que no existía ni caducidad ni prescripción del derecho de acción, configurando así la falta de

motivación del auto definitivo del Tribunal por no ser razonable, lógico ni comprensible (…)

7.2.1. En su recurso, la casacionista denuncia que el auto impugnado expedido por el Tribunal de instancia, el cual ha sido identificada, se encuentra viciado por falta de motivación, por las razones que han quedado transcritas, razón por la que se ha violado el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, al haberse declarado la caducidad del derecho para accionar.

La obligación de motivar las decisiones del poder público, entre ellas las judiciales, tiene como propósito que las personas interesadas en el proceso judicial, por ser parte de él, tienen derecho a conocer las razones por las cuales se toma una decisión que puede afectar sus derechos; pero también se orienta a que la sociedad tiene también el derecho de conocer esas razones.

Al respecto, sostiene el casacionista que la Corte Constitucional, estableció tres elementos copulativos, determinadores de la presencia efectiva del requisito de motivación: razonabilidad, encaminada a la necesidad de enunciar normas o principios jurídicos aplicables al caso; lógica, referido a la relación entre premisas que componen el silogismo lógico de la premisa mayor consistente en los hechos, con la premisa menor compuesta por las normas jurídicas pertinentes a esos hechos; y, comprensibilidad, que exige el uso de lenguaje sencillo y una clara construcción gramatical que permita a todos los que acceden a la lectura de las decisiones, el entendimiento diáfano de la decisión judicial.

La misma Corte Constitucional, superando el criterio descrito, en la actualidad se ha decantado por establecer que la motivación está presente cuando el juzgador, ha establecido con claridad los hechos que surgen de la verdad procesal; lo cual permite que estos sean subsumidos con las disposiciones o principios jurídicos llamados, por su pertinencia, a dar solución a la controversia judicial.

Debe asimismo señalarse que la motivación contiene estos elementos, los cuales están previstos de modo claro en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República; sin que la alegación de su ausencia pueda ser considerada como un mecanismo que se encamine a brindar certeza de las alegaciones que formula el casacionista, en caso de que eventualmente, se compruebe defectos en la motivación o ausencia de ella.

La fundamentación del recurso, en torno a esta causal tiene la misma orientación relacionada a los yerros que, con respecto a las normas denunciadas como infraccionadas, en el auto que se interpela por medio del recurso en examen; los cuales han sido analizadas in extenso, cuando la Sala se ha pronunciado en torno a la improcedencia del recurso respecto de la causal primera del artículo 268 del COGEP, referida en el considerando 7.1 y sus subnumerales; no obstante, ha de reiterarse que en dicho auto, el Tribunal de instancia ha realizado un adecuado desarrollo de la verdad material que se desprende de la demanda presentada por el casacionista y es sobre esa base, que ha efectuado una aplicación debida de las normas llamadas a solucionar esa situación, estableciendo la pertinencia de su aplicación a esos hechos; lo cual conduce a la decisión de inadmitir la demanda, por considerar que esta ha sido presentada fuera del tiempo legal; esto es, por haberse producido la caducidad de la acción judicial.

En suma en dicha providencia judicial, está presente la razonabilidad en el uso de la normativa que corresponde a los hechos, como también la coherencia en la explicación de los hechos y el derecho; mediante el uso de un lenguaje adecuado y comprensible no solo para las partes del proceso, sino para el foro y la colectividad. Es por ello que, la Sala no encuentra sustento alguno para la procedencia del recurso que se ha examinado.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **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 el Consorcio BIGDIG S.A. Y ASOCIADOS; consecuentemente NO CASA, el auto expedido el 30 de agosto de 2019, las 12h19, dentro del juicio No. No. 17811-2019-00987, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

Notifíquese, publíquese y devuélvase. –

f) Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Hipatía Susana Vargas, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *17741-2016-1006*
Resolución Nro. *867-2021*
Fecha: *martes 16 de noviembre de 2021, las 10h23*

TEMA: Nulidad del hecho administrativo.

ASUNTO

Santo Antonio Alava Salazar propone acción contencioso administrativa en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal de Camilo Ponce Enriquez. Refiere que impugna un hecho administrativo que se produjo con el propósito de expulsarle de la función pública de Comisario Municipal, que venía desempeñando desde el mes de septiembre de 2009, bajo el argumento de que sería un servidor de libre nombramiento y remoción que no goza de estabilidad. Que, en el mes de junio de 2014, el jefe de Talento Humano, por disposición del alcalde del referido GAD, inhabilitó el sistema del reloj biométrico y cambió las seguridades para acceder a su despacho, con lo que se le imposibilitó el acceso a su lugar de trabajo.

Expresa el demandante que la actuación de la administración pública genera efectos jurídicos directos en su contra, como despojarle del cargo, función desempeñada y como consecuencia privarle de la remuneración y más beneficios que conlleva el desempeño del servicio público, por lo que dicha actuación genera una consecuencia jurídica y una responsabilidad del Estado a través caso del GAD Municipal de Ponce Enrìquez.

El alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Camilo Ponce Enríquez, en su contestación a la demanda, señalan que las aseveraciones del accionante en su demanda son ajenas a la realidad, ya que no existe dentro de los archivos de la institución un contrato o acción de personal en la que se acredite en qué departamento, área, dirección, cargo o función ingresó, así como el respectivo año. Refieren que tampoco existe evidencia o documentación con relación a que se haya llevado a cabo un concurso abierto de méritos y oposición para la selección y designación de Comisario Municipal y, peor aún, no existe registro que certifique que el accionante haya sido declarado ganador. Señalan que únicamente existe dentro del archivo de la Unidad Administrativa de Talento Humano la acción de personal No. 051-GADMCPE-11, de fecha 09 de Agosto del 2011, en virtud de la cual se le otorga nombramiento con duración indefinida al accionante.

Expresa la institución demandada que, dentro del expediente laboral del accionante, consta un contrato de servicios ocasionales, cuyo objeto fue el desempeño de las funciones de notificador, mismo que fue suscrito seis meses después de que se le otorgó el supuesto nombramiento. Menciona que adicionalmente, en su carpeta personal, consta un oficio S/N, de fecha 30 de Diciembre del 2011, firmado con su puño y letra, en virtud del cual presenta ante el alcalde de aquella época su renuncia de carácter irrevocable al cargo de comisario municipal, de conformidad con lo establecido en el Art. 47, literal a) de la Ley Orgánica del Servicio Público para la cesación de funciones.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca fija el objeto de la controversia en resolver sobre la nulidad del hecho administrativo a través del cual se removió de su cargo al comisario municipal.

Sobre el asunto de fondo, el tribunal señala que pese a que el GAD municipal de Camilo Ponce Enríquez refirió que no existe ninguna evidencia de haberse llevado a cabo un concurso de méritos y oposición, en virtud del cual el accionante haya resultado ganador, consta del expediente un escrito presentado en fecha 22 de enero de 2016, a las 14h25, en el cual la entidad accionada adjunta copia certificada de los comprobantes de pago de remuneraciones efectuadas al Señor Santo Antonio Álava Salazar y de su revisión se determina que se le canceló al ahora accionante hasta el mes de mayo de 2014 como comisario municipal, además de que, en la parte referente a "detalle de la transacción", se indica que es para empleados con "nombramiento/gasto corriente", con lo cual queda sin ningún sustento lo aseverado por la accionada al contestar la demanda.

El tribunal enfatiza que también consta de autos el memorando 001-UATH-2014, de 02 de junio de 2014, mediante el cual el jefe de la UATH del GAD Municipal de Camilo Ponce Enríquez dispone al Técnico en Sistemas que inhabilite el reloj biométrico del GAD municipal al Sr. Santo Álava Salazar, lo que justifica lo aseverado por el accionante en su demanda, constituyendo sin duda un hecho administrativo que se agrava con el aviso de salida del IESS, sin que se haya podido probar que se han cambiado las seguridades para acceder a su despacho ni que se haya designado a otra persona en su lugar. Además, los jueces adicionan que consta en el proceso la acción de personal No. 055-MCPE-2011, de 18-11-2013, mediante la cual se encarga provisionalmente la Comisaría Municipal a la Egda. Cynthia Rebeca Baquerizo Coellar, haciéndose constar que es por renuncia voluntaria del titular.

Concluyen los jueces que en el caso materia de resolución la entidad accionada actuó en forma ilegal, por lo que aceptan parcialmente la demanda y disponen que el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal del cantón Camilo Ponce Enríquez reintegre en su puesto de comisario municipal al ciudadano Santo Antonio Alava Salazar. Sobre la nulidad alegada, refiere la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 3 con Sede en la ciudad de Cuenca que no es procedente, pues la actuación del GAD no se enmarca en ninguna de las causales previstas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que se declare la misma, por lo que no procede el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, ni los beneficios de orden social y de la seguridad social, así como tampoco corresponde el pago del daño moral que reclama, por no haberse probado por parte del accionante.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2016-1006

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, martes 16 de noviembre del 2021, las 10h23.

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: a) El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 37-2018 de 15 de marzo de

2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. b) El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. c) El Ab. Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. d) Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17741-2016-1006,** correspondió su conocimiento a esta sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECENDENTES:

2.1.- La Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **No. 01803-2015-00340, proceso que en la Corte Nacional tiene el No. 17741-2016-1006,** el 23 de junio de 2016, 9h12, promovido por el ciudadano SANTO ANTONIO ALAVA SALAZAR en contra de Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Camilo Ponce Enríquez, en la cual se decidió aceptar parcialmente la demanda y disponer que la entidad demandada reintegre al actor en su puesto de Comisario Municipal, en un término de ocho días de ejecutoriada la sentencia.

2.2.- RECURSO: El señor Santo Antonio Álava Salazar, parte actora del juicio de instancia, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundando el mismo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Así también, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Camilo Ponce Enríquez, parte demandada del juicio de instancia, interpuso recurso de casación fundado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- AMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 9 de enero de 2018, 10h58, admitió a trámite únicamente el recurso de casación interpuesto por el señor Santo Antonio Álava Salazar con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

3.- COMPETENCIA: 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, el artículo 1 de la Ley de Casación.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se ha observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El tribunal instancia estimó principalmente, que: *"SEPTIMA.- El ahora accionante señala que cuando se encontraba cumpliendo sus funciones en el mes de junio de 2014, el Jefe de Talento Humano por disposición del señor Alcalde y con la actuación del Técnico en Sistemas le inhabilita el sistema de reloj biométrico, se cambia las seguridades para acceder al despacho lo que le imposibilita entrar al mismo; y, se ha procedido a la designación de otra persona para que desempeñe las funciones de Comisario Municipal; señalando como pretensiones que en sentencia se*

declare: ***1.*** *Que la terminación de su vinculación con el GAD a través de la actuaciones de la administración pública, son violatorias a la constitución y al ordenamiento jurídico, y como consecuencia su nulidad y el reintegro al puesto de COMISARIO MUNICIPAL DEL GAD CAMILO PONCE ENRÍQUEZ. 2. El pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más todos los beneficios de orden social y de la seguridad social, con los respectivos intereses desde que se produjo el hecho administrativo ilegal e ilegítimo. 3. El pago de los daños morales se determinaran de acuerdo con las circunstancias del caso. 4. Se declare la responsabilidad personal del Señor Alcalde del GAD de CAMILO PONCE ENRÍQUEZ, para lo cual se tendrá en cuenta lo previsto en el Art. 11 de la Constitución de la República en el numeral 9, ante lo cual la parte accionada ha señalado que la revisión del expediente laboral del Señor Santo Antonio Álava Salazar no existe ninguna evidencia de haberse llevado acabo un concurso de méritos y oposición en virtud del cual el accionante haya resultado ganador; sin embargo la misma mediante escrito presentado en fecha 22 de enero de 2016 a las 14h25, adjunta copia certificada de los comprobantes de pago remuneraciones efectuadas al Señor Santo Antonio Álava Salazar; de la revisión de estos se determina que se la cancelo al ahora accionante hasta el mes de mayo de 2014, como Comisario Municipal; y lo que es más, en la parte referente a detalle de la transacción se indica que es para empleados con nombramiento/ gasto corriente; con lo cual queda sin ningún sustento lo aseverado por la accionada al contestar la demanda. Consta de autos la Acción de Personal No. 073-MCPE-13, de fecha 18 de noviembre de 2013, por medio de la cual se le concede licencia sin remuneración al Señor Santo Antonio Álava Salazar, Comisario Municipal, conforme al Art.28, literal e) de la LOSEP Y 44 de su Reglamento, señalando de que no ser elegido se incorporara inmediatamente a su puesto de origen; por lo que surge la pregunta cómo se le concedió licencia sin remuneración a alguien que no tiene un nombramiento. Se ha adjuntado además dos avisos de entrada al IESS del accionante: el primero en fecha 01/08/2009; y el segundo de 01/05/2014; y, de salida dos: el uno de 30/11/2013 y el otro de fecha 30/06/2014, que coinciden con la fecha que se dispuso se inhabilite el reloj biométrico al accionante. El Memorando 001-UATH-2014, de fecha 02 de junio de 2014, mediante el cual el Jefe de la UATH, del GAD Municipal de Camilo Ponce Enríquez, dispone al Técnico en Sistemas inhabilite el reloj biométrico del GAD Municipal al Sr. Santo Álava Salazar; lo que justifica lo aseverado por el accionante en su demanda sin que haya podido probar que se han cambiado las seguridades para acceder a su despacho ni que se haya designado a otra persona en su lugar; consta eso si en el proceso la Acción de Personal No. 055-MCPE-2011 de fecha 18-11-2013, mediante la cual se encarga provisionalmente la Comisaria Municipal a la Egda. Cynthia Rebeca Vaquerizo Coellar haciéndose constar que es por renuncia voluntaria del titular, sin embargo si se le encargo es por haberse concedido al Comisario Titular licencia sin remuneración. OCTAVA.- El accionante hace referencia a que se trata de un hecho administrativo; por lo que conviene precisar en qué consiste el mismo; según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas el Hecho Administrativo es todo aquel que posea significado jurídico o económico para la Administración Pública a diferencia del Acto Administrativo que como todo acto por acción quiere un proceder humano por activa o pasiva, el hecho de esta índole puedes ser independiente de la conducta de un sujeto. Señala demás que al parecer de Bielsa es el ejercicio de una actividad material con objeto de obtener un efecto dado. En el presente caso el inhabilitar el reloj biométrico es sin duda un hecho administrativo, que se agrava con el Aviso de Salida del IESS del ahora accionante en forma consecuente. NOVENA.- El Art.10 de nuestra Constitución en el numeral 9 dispone: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Art. 226 de la Carta Magna en su parte pertinente señala que: Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en función de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que sean atribuidas en la Constitución y la ley. A su vez el Art. 25 del Código Orgánico de la Función Judicial cuando trata sobre el PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA, expresa: 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. En el presente caso, la actuación de la Entidad accionada desconoce que la legalidad atribuye potestades a la Administración. Le otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa*

de potestades la Administración no puede actuar simplemente. La acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas. Las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público que no es el interés propio administrativo sino el interés de la comunidad. Producido un acto administrativo a través del procedimiento correspondiente, el ordenamiento jurídico reconoce a sus destinarios la posibilidad de impugnarlo, una garantía a disposición de los administrados que se ven afectados en su persona o en su patrimonio por los actos administrativos. (EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ, OBRA CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO 1). DÉCIMA.- *La Constitución de la República del Ecuador en su Sección octava: Trabajo y Seguridad Social, en el Art. 33 dispone: 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. A su vez el Art.325 ibidem, en la Sección tercera: Formas de trabajo y su retribución. El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores. En el caso materia de solución la Entidad accionada ha actuado en forma ilegal, conforme lo señala el accionante al señalar que se trata de un hecho administrativo ilegal e ilegítimo; aunque en su primera pretensión haga referencia a que la terminación de su vinculación con el GAD a través de actuaciones que son violatorias y que como consecuencia d su nulidad se disponga su reintegro y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir más todos los beneficios sociales; sin embargo la actuación de la Administración no se enmarca en ninguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo para que se declare la misma, por lo que no procede el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; más los beneficios de orden social y de la seguridad social, con intereses.".*

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

La admisión del recurso interpuesto por el señor Santo Antonio Álava Salazar, se sustenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los preceptos constitucionales invocados en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el artículo 11 numeral 13 ibidem, así como en la indebida aplicación del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

E) casacionista alega que, si los jueces del Tribunal de instancia hubieren reparado que los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial de oficio, hubieren llegado a otra decisión y hubieran ordenado el pago de las remuneraciones más los beneficios reclamados. En ese contexto, señala que están obligados a reparar por violaciones a los derechos de particulares, indicado que el derecho a desempeñar el cargo y percibir remuneraciones de las que se le privó por la actuación del Gobierno Autónomo Descentralizado de Camilo Ponce Enríquez debió producir una sentencia estimatoria del derecho violado, ya que el artículo 229 de la Constitución establece que los derechos de los servidores públicos son irrenunciables.

Adicionalmente, indica que se hace una indebida aplicación del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señalando que es inaplicable al caso por no regular el hecho administrativo que se censura en la demanda, pues la actuación de la entidad demanda no es una resolución o un procedimiento administrativo que es lo que regula el precepto invocado; teniendo que el hecho juzgado es una manifestación material, traducida en actuaciones físicas, ejecutas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos que se le privó del ejercicio de la función pública y por tanto del derecho de percibir las remuneraciones que están previstas en la Ley.

8.-RESPECTO DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS EN EL ARTÍCULO 11 NUMERAL 9 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 11 NUMERAL 3 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

MOTIVACIÓN DE LA SALA:

8.1.-La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere: "*Aplicación indebida, falta la*

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;".

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure,* de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, en razón de que no se " *han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivos".*(Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 182).

8.2.- La causal hace relación a que en la sentencia o auto del que se ha recurrido, se habría infraccionado norma jurídica material. Lo cual genera un vicio de afectación directa a esa clase de disposición jurídica, que por su calidad de material establece derechos y obligaciones o las limitan; por manera que están lejos de esta causal, las infracciones o vicios que pueden estar presentes y que dicen relación a normas jurídicas de orden procesal o instrumental, que son las que conducen a la aplicación adecuada de las primeras.

El modo de infracción denunciado en el recurso en estudio es la falta de aplicación, que consiste, en un error de existencia, por el que se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión; y, la indebida aplicación que implica un error de selección de las normas, por lo cual ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se le ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla.

8.3.- El recurrente alega **que no se aplicaron** los preceptos constitucionales del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el artículo 11 numeral 3 ibídem, los cuales establecen que: "*Art.11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios…3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento…9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o diferencia en la presentación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleados 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…".* Este Tribunal observa que el recurrente al mencionar los preceptos constitucionales de los artículos antes citados, no determina una norma que especifique que el actor tenía derecho de recibir las remuneraciones que solicita, sino que de manera general indica que los derechos establecidos en la Constitución de la República e instrumentos internacionales de derechos humanos son de aplicación directa, y por tanto el Tribunal de instancia debió ordenar el pago de las remuneraciones no percibidas al ser los derechos de los servidores públicos irrenunciables. Sin que este Tribunal pueda observar tampoco, de qué manera la falta de aplicación de dichas normas constitucionales fue determinante para la parte resolutiva de la sentencia impugnada.

La falta de aplicación de una norma jurídica determina que quien alega este modo de infracción, como causal de casación está obligado a señalar la razón por la que estima que la disposición omitida por el juzgador en la sentencia de la que recurre, es la llamada a dar solución al problema jurídico que surge de la estructuración procesal de la verdad material que compone el antecedente fáctico al cual corresponde aplicar la norma jurídica infringida. Solo de ello puede desprenderse que la sentencia atacada aplicó indebidamente otra norma jurídica en lugar de la omitida.

En el caso de que esta operación intelectual no se concrete en el manifiesto casacional, es evidente que el recurso no puede prosperar por no haberse consolidado una proposición jurídica completa; más aún cuando en el caso se aprecia que la denuncia de falta de aplicación hace relación a normas constitucionales que si bien, son normas sustantivas, están deben estar acompañadas de normas de inferior jerarquía, desarrolladoras de los derechos

que se estiman conculcadas. En el caso, nada de eso se encuentra presente en el recurso en análisis, lo cual conduce a estimar improcedente, por este extremo, el recurso.

8.4.- Respeto de la **aplicación indebida** del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es preciso señalar que la norma denunciada como infringida, establecida que:

> *"Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La Incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la Resolución o providencia. b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales Que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de Acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o Incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión".*

Como se ha dicho, el recurrente afirma que esta disposición legal regula la nulidad de los actos administrativos pero no lo hace sobre los hechos administrativos que son los que censura en su acción. Estima que la actuación administrativa no deviene de una resolución o un procedimiento administrativo, sino de una manifestación material, generadora de afectos jurídicos directos que le privaron de su empleo, lo cual genera su derecho a percibir remuneraciones.

La indebida aplicación de una norma jurídica es un vicio que se produce cuando el juzgador yerra al escoger la norma jurídica llamada a dar solución a la controversia sometida a su decisión; yerro que ocurre cuando se ha entendido adecuadamente al alcance y finalidad de la norma, pero se la usa para un caso cuyos presupuestos no son los que contempla esa disposición.

Es por ello que la indebida aplicación implica siempre la necesidad de que el casacionista, fundamente su recurso explicando las razones por las cuales la disposición infringida no es la aplicable al caso, haciendo evidente en que consiste el yerro judicial al haberla aplicado incorrectamente; para luego exponer y justificar cuál es la norma jurídica que el juzgador omitió en su aplicación y las razones por la cuales la norma inaplicada daba la solución al problema jurídico evidenciando en el proceso judicial.

Si bien es verdad, la fundamentación del recurso, en tomo al yerro que se analiza no contiene una proposición jurídica completa, al no ceñirse a la exigencia propia del vicio denunciado, lo cual sería suficiente para determinar la improcedencia del recurso, la Sala estima pertinente tener presente que: La Administración pública, por medio de sus órganos, actúa sobre la base de competencias y en observancia del orden jurídico que las delimita y fija además el procedimiento para el cumplimiento de esas actividades.

La función pública, puede ser estimada como el conjunto de todos los órganos que han sido establecidos para que el Estado cumpla sus finalidades superiores, idea que sería incompleta si ella no se le agrega toda la actividad que el ordenamiento jurídico establece para que esos órganos funcionen, las que se inscriben en potestades, facultades competencias y procedimientos administrativos. Desde luego, apartando de esta idea, a la actividad, que también es función pública, cuyo ejercicio corresponde a las potestades legislativa y jurisdiccional, que tienen sus propias características.

Por manera que, las otras actividades del Estado, constituyen función administrativa, la cual siempre debe tener origen, finalidad y efectos jurídicos. El maestro Agustín Gordillo ("Tratado de Derecho Administrativo" Tomo l, Editorial Porrúa, 2004. 9na edición, p. 313 a 319), enseña que la base para ubicar y definir la actividad pública radica en entender el ejercicio de la función administrativa, la cual se manifiesta por actos o por hechos.

En este ejercicio sostiene que:

> *… los actos son las decisiones, declaraciones, manifestaciones de voluntad o de juicio; Que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica, ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos no realizados sin una decisión previa formal, La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (…); el hecho, en cambio, carece de*

ese sentido mental y construye nada más que una actuación física o material.

Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos. Deducir cual ha sido la voluntad que lo ha precedido (…), no por ello habrá ahí un acto; para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución.

(…) La ejecución material, en todos los casos, es un hecho; tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto trasmite directamente en la actuación material la voluntad a la que responde.

El auto refiere cuatro aspectos en la actividad administrativa *"los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos"; definiéndolos así:*

Actos jurídicos, constituidos por "las decisiones o declaraciones de voluntad, conocimiento o
Juicio, productores de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o
Extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho".

Los actos no jurídicos, "llamados actos de la administración. Se trata de decisiones,
declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (…), en que en lugar de actividades materiales consisten manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación juicio, deseo, etc". Entre los cuales se encuentran los llamados actos de simple administración, así como los de mero trámite y, como enseña el actor, las actuaciones de un procedimiento administrativa como son los medios de prueba o actuaciones que se desarrollan en él.

Los hechos jurídicos, consistentes en "*las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea el de la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración"; ejemplifica, entre otros casos el del agente de policía que detiene a alguien sin orden de autoridad competente, o el conductor de un vehículo de la administración que comete una infracción de tránsito dañosa; casos en los cuales los hace responsables a él y a la administración.*

Los hechos no jurídicos, que son "*todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas"* ejemplifica el caso de que el profesor de su clase de pie o sentado, o cuando se realiza la limpieza de las oficinas, etc; a las que se suman una amplia gama de actividades que se desarrollan materialmente en la administración, ninguna de las cuales genera efectos jurídicos directos que afecten derechos subjetivos, pueden más bien responder al cumplimiento interno de responsabilidades propias del puesto público, de modo que en este caso, esos hechos son propios de los servidores públicos.

De las apreciaciones del maestro gordillo, se desprende que la actividad administrativa y su función no solo se exterioriza por medio de actos administrativos que son, en definitiva, manifestaciones expresas de una decisión pública, sino que también se expresan por medio de hechos administrativos, unos que no generan efectos jurídicos directos en los particulares como ya se ha dicho; y otras que son generadores de esos efectos jurídicos, los cuales han sido producidos por actividades orden material o técnico realizadas en ejercicio de función administrativa.

En este orden de ideas es claro para la sala que, los actos administrativos regulares, son aquellos que compartan un expreso pronunciamiento de la administración, como resultado de un procedimiento previo, en el cual se exterioriza la voluntad pública, respecto de un asunto determinado.

Pero la actividad administrativa, también puede generar actos irregulares como el caso de los actos administrativos presuntos o fictos, entre los que se encuentran los reconocidos por la Ley por efecto de la falta de decisión administrativa a un reclamo administrativo, a un pedido o un recurso formulado por los interesados en el pronunciamiento expreso de la autoridad pública, sin que dentro del tiempo fijado para ello, se haya emitido el acto administrativo; lo cual trae como consecuencia la existencia de un acto ficto, por el cual la Ley, presume sea que se ha negado la pretensión del administrado (silencio administrativo negativo), o que se la aceptado (silencio administrativo positivo).

Dentro de estos se encuentran también los denominados actos tácitos, cuya presencia se delata, por la existencia de actuaciones materiales de la administración (hechos jurídicos), que generan afectos jurídicos directos en el administrado, sin que exista acto administrativo que exprese la voluntad administrativa concreta; aunque esos

hechos, permiten que el administrado comprenda la existencia de una voluntad administrativa que afecta sus derechos subjetivos. Estos son a los que se les conoce como actos administrativos por vías de hecho. Generalmente estos forman parte de los vicios de desviación de poder afectadores de derechos subjetivos.

En efecto, si bien no existe el acto administrativo formal, la voluntad de la administración se entiende expresada por los hechos materiales ejecutados en ejercicio de actividad o función administrativa; pues esos hechos se dirigen claramente a lograr resultados específicos, desviando la regularidad de las actuaciones públicas. Podemos decir con claridad que para determinar la existencia de un acto administrativo de vías de hecho, será necesario que (i) el hecho administrativo (actividad material), haya sido ejercida por un servidor público; (ii) que esa actividad haya sido cumplida en ejercicio de función administrativa; (iii) que esa actividad material cumplida por el servidor público, genere efectos jurídicos directos en los derechos subjetivos de la persona a la cual aquella actividad ha sido dirigida; y, (iv) que se haya omitido deliberadamente el cumplimiento de norma jurídica que regule la decisión pública.

En este contexto, cabe la pregunta: ¿Es procedente la impugnación de un hecho administrativo?. Si estimados que el hecho es una operación material o técnica de la administración pública, como en el caso de la actividad de un agente encargado de operar un tractor de propiedad de una entidad pública, el cual ha sido destinado a la apertura de un camino y, en cumplimiento de esa responsabilidad, genera un alud que destruye una casa particular, la respuesta inmediata será; que si la impugnación se encamina a demostrar la ilegalidad de una actuación administrativa, para que se la deje sin efecto y se restablezca o se reconozca el derecho subjetivo vulnerado, el juzgador no podrá dejar sin efecto el hecho administrativo cuyo efecto fue el alud y dicha destrucción; por manera que esa no es la vía reclamatoria; ya que quien sufre las consecuencias dañosas, tiene otras vías procesales para hacerlo:

a) Formular reclamo administrativo para que se reconozca su derecho. Si este es positivo y aceptado por el administrado se soluciona el caso. Si la administración niega el pedido, podrá impugnar ese acto administrativo y plantear acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva impugnando el acto violatorio de su derecho y requiriendo el reconocimiento de sus derechos vulnerados y la indemnización respectiva.

b) Plantear acción directa en contra de la entidad pública, cuyo hecho administrativo le ocasionó daño, para pedir el establecimiento de la responsabilidad objetiva del Estado y el pago de las pertinentes indemnizaciones materiales e inmateriales.

La otra cuestión que surge al respecto es ¿Cómo puedo impugnar el acto administrativo de vías de hecho?, la respuesta se sustentaría en el reconocimiento de que los hechos administrativos ejecutados, que conducen a presumir la existencia de una voluntad pública determinada no pueden ser impugnados, por las mismas razones señaladas en los literales precedentes. Esta situación conduce a una conclusión grave, que se orienta a establecer que, como los hechos administrativos ejecutados no pueden ser impugnados; el administrado que sufre el agravio quedaría en la indefensión; lo cual es inaceptable, ya que ninguna persona puede quedar en la indefensión, por expresa prohibición del artículo 76.7.a) de la Constitución de la República.

No obstante, si entendemos los efectos materiales y jurídicos, del hecho o de los hechos administrativos, llegaríamos a la conclusión inequívoca de que estos son solo una forma de actividad irregular de la administración pública que conducen a una abstracta manifestación de su voluntad que se deslumbra en un acto administrativo de vías de hecho; así por ejemplo, si existe una planificación para abrir una calle, para lo cual se requiere usar parte de un inmueble particular; sin autorización de su dueño, la Administración usa el espacio con maquinaria que está al mando del operador, quien actúa bajo las órdenes verbales de un ingeniero, estamos frente a varias situaciones: la planificación, los estudios que determinan la necesidad de la calle, sus aprobaciones, la aprobación de aquellos, así como la certificación presupuestaria respectiva, la disposición verbal del director de obras de la entidad al ingeniero para que proceda a la apertura de la calle. Lo cual implica la existencia de actuaciones administrativas previas, como son los hechos administrativos claros y definidos, sin que haya un procedimiento previo, ni un acto administrativo, cuyas presunciones de legalidad, ejecutoriedad u ejecutividad permitan a la Administración ejecutar la obra y al propietario del inmueble cumplir con tal decisión.

El ejemplo expuesto implica sin duda alguna la existencia de un acto administrativo tácito, de vías

de hecho; en razón de que la voluntad pública de ejecutar la obra se encuentra evidencia en las actuaciones administrativas previas y fundamentalmente en la ejecución material del propósito administrativo.

Es esta situación la que permite establecer que el derecho de defensa del dueño del inmueble, se garantiza con la posibilidad de usar el derecho impugnatorio prevenido en el artículo 173 de la CRE, el cual deberá cuestionar el acto administrativo por vías de hecho, entendiendo que la fecha en que este acto irregular generó su eficacia jurídica es el día en que se iniciaron tales trabajos.

Por manera que, en este contexto, es claro que, para el caso de los actos administrativos de vía de hecho, le es debidamente aplicable el artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que dice relación a la potencialidad de la nulidad de los actos administrativos y estos, aunque irregulares, tienen esa calidad.

Consecuentemente, al no haberse justificado el yerro analizado, el recurso de casación por este extremo, es improcedente.

9.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **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 el señor Santo Antonio Álava Salazar, y no casa la sentencia expedida el 23 de junio de 2016, 09h12 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 01803-2015-00340 (número de instancia) planteado en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Camilo Ponce Enríquez. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL, Dr. Fabián Patricio Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2021

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

I

Juicio Nro. *01501-2018-00023*
Resolución Nro. *250-2021*
Fecha: *miércoles 26 de mayo del 2021, las 13h58*

TEMA: Competencia para ejercer la facultad determinadora del impuesto a los consumos especiales de bienes importados.

ASUNTO

Almacenes Juan Eljuri Cia. Ltda. presenta una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando el acta de determinación No. 01201724901136943, emitida el 20 de noviembre de 2017, por concepto del impuesto a los consumos especiales causado en el periodo de enero a diciembre de 2014.

La acción presentada por la compañía se basa en que el Servicio de Rentas Internas no tiene la competencia para determinar el impuesto a los consumos especiales de bienes importados, puesto que su hecho generador se produce al momento de su "desaduanización", correspondiéndole la facultad determinadora al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, al ser un tributo al comercio exterior, de conformidad con lo previsto en el Art. 108 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Este punto de derecho fue el objeto de resolución de los tribunales de instancia y casación.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Cuenca señala que, de conformidad con el Art. 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, esta entidad tiene como facultad la determinación, recaudación y control de los impuestos internos, establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno.

Los jueces mencionan que uno de los impuestos internos que determina ese cuerpo normativo es el impuesto a los consumos especiales, que se aplica a los bienes y servicios nacionales o importados, estando gravados aquellos que provienen de la nacionalización de bienes importados. El tribunal agrega que, aunque el control y recaudación del impuesto a los consumos especiales lo realiza el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, no significa que lo convierte en un tributo administrado por esa institución, sino por el Servicio de Rentas Internas.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Cuenca concluye que, al corresponder al Servicio de Rentas Internas la facultad determinadora del impuesto a los consumos especiales, no cabe la pretensión de falta de competencia de la autoridad tributaria respecto a la emisión del acto administrativo contenido en el acta de determinación impugnada; por lo tanto, rechaza la demanda y declara la validez del acta de determinación No. 01201724901136943, emitida el 20 de noviembre de 2017, por concepto del impuesto a los consumos especiales de los meses de enero a diciembre de 2014.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01501-2018-00023

Jueza Ponente: Dra. Rosana Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito, miércoles 26 de mayo del 2021, las 13h58.

Vistos.-

ASUNTO

Resolver el recurso de casación interpuesto por los abogados Iván Andrés Orellana Tosi y Carla Cristina Alaba Crespo, procuradores judiciales de la compañía ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA., en contra de la sentencia de 31 de mayo de 2018, a las 11h28, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca, provincia de Azuay dentro del juicio de impugnación No. 01501-2018-00023, propuesto en contra del Acta de Determinación No. 01201724901136943 emitida el 20 de noviembre de 2017, por concepto de Impuesto a los Consumos Especiales ICE, por el periodo de enero a diciembre del ejercicio fiscal 2014.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- En la sentencia recurrida se resolvió rechazar la demanda planteada por la compañía ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA., en contra del señor Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas y, en consecuencia, declara la validez del Acta de Determinación No. 01201724901136943 emitida el 20 de noviembre de 2017 por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales de los meses de enero a diciembre de 2014.

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.- A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto de 3 de septiembre de 2018, dictado por el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, en el que se declara la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la compañía ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA. por el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por los cargos de *falta de aplicación* de los artículos 76 numeral 3 de la Constitución de la República, 89 del Código Tributario, 78 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 107, 145 y 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y por *errónea interpretación* de los artículos 68 del Código Tributario, 108 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y 139 del Decreto Ejecutivo s/n que contiene la denominada Ley de Equidad Tributaria.

1.2.2 Sorteo de la causa número 01501-2018-00023, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 24 de septiembre del 2020, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.

1.2.3 Auto de 17 de mayo de 2021, en el que se convoca a las partes a audiencia para el día 25 de mayo de 2021, a las 11h00.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificado la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero del 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo.

Así como por el sorteo que consta en el proceso; y

en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2 De la validez procesal.- En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

2.3 Problema jurídico planteado.- CASO 5: *Falta de aplicación* de los arts. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, 89 del Código Tributario, 78 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 107, 145 y 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y *Errónea interpretación* de los arts. 68 del Código Tributario, 108 del Código Organico de Producción, Comercio e Inversiones y 139 del Decreto Ejecutivo s/n que contiene la denominada Ley de Equidad Tributaria.

2.4 Fundamentación del recurso.- El casacionista en la fundamentación del recurso señala que la sentencia incurre en el vicio de falta de aplicación del artÍculo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; que dispone "…*solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada proceso*.", es decir que en un Estado de Derecho las personas, o en este caso los contribuyentes, tienen el derecho a ser juzgados por las autoridades competentes según lo dispone el ordenamiento jurídico, pues únicamente la Ley establece las facultades de los organismos estatales. Que bajo esta premisa, en los fundamentos de derecho que sustentaron la petición de la parte actora, se presentó con claridad las normativas del ordenamiento jurídico que establece que la competencia para resolver sobre el ICE generado por la desaduanización de bienes importados radica en el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sin embargo, en la parte resolutiva de la sentencia no se las mencionó ni se las analizó. Sobre la falta de aplicación del artículo 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; señala que la referida norma es el eje para establecer que el SENAE es la entidad competente sobre la materia de análisis, y posee la potestad determinadora de todos los impuestos y tributos vinculados con el comercio exterior. Que hay que resaltar que el art. 68 del Código Tributario establece que "*La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa*…", resulta sorprendente que en la sentencia recurrida se desconozca que la facultad determinadora recae, por Ley, en la Administración Aduanera, toda vez que al tratarse de mercadería importada, es ésta la Autoridad Competente, no solo en calidad de sujeto activo como recaudadora de los tributos, sino además como la obligada a controlar y determinar los mismos. Que en los artículos 145 y 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones establecen que el SENAE es la Autoridad activa sobre la que recae las facultades de determinación de los tributos vinculados con el comercio exterior. Que el Tribunal tampoco aplica el artículo 89 del Código Tributario, en virtud de ello como puede ser el SRI el sujeto activo del ICE sobre bienes importados si la declaración se la presenta a su tiempo al SENAE y una vez que se cumple su hecho generador que es justamente un acto que obligatoriamente se lo realiza ante la autoridad aduanera. Sobre los artículos 78 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por mandato de la ley quien liquida los tributos de ICE por importaciones de bienes es la aduana en ejercicio de su facultad determinadora pues establece la cuantia del tributo y su hecho generador, es exclusivamente un acto o evento que únicamente se lo realiza por efectos del comercio exterior. Que el artículo 107 del COPCI tampoco fue aplicado, que prescribe que el SENAE es el órgano rector en cuanto a la declaración, pago y control del Impuesto a los Consumos Especiales en importaciones. Que en el presente caso tenemos como un hecho no controvertido y reconocido que los bienes sobre los cuales se gravó el Impuesto a los Consumos Especiales eran mercaderías que fueron importadas, es decir, que correspondieron a una operación de comercio exterior y que su hecho generador es, por norma expresa, la desaduanización de los bienes importados. Que resulta contrario a derecho el desconocer la potestad aduanera tanto más, que incluso el propio Servicio de Rentas Internas reconoció en el Acta de Determinación Definitiva que no le correspondía clasificar un producto dentro de una partida arancelaria y que, por no asistirle esa facultad y competencia para determinar obligaciones

vinculadas al comercio exterior, aceptó la absolución de consulta que sobre la materia emitió la Autoridad Aduanera. Que la determinación del ICE, cuando se refiere a bienes importados, es competencia del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador a través del proceso de determinación de control posterior, debidamente normado en el art. 145 del COPCI y cuyo procedimiento se encuentra sujeto al mandato contenido en el art. 114 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, legislación que junto con los artículos 76, numeral 3 de la Constitución del Ecuador, artículo 89 del Código Orgánico Tributario, artículos 78 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno, artículos 107 y 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, de haberse aplicado en la sentencia recurrida, habrían confirmado que la Autoridad Competente es el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. Sobre el vicio de errónea interpretación de los artículos 68 del Código Tributario, 108 del Código Orgpanico de Producción, Comercio e Inversiones y 139 del Decreto Ejecutivo s/n que contiene la denominada Ley de Equidad Tributaria; si bien son invocados en el apartado CUARTO, su interpretación ha sido equivocada. Que el art. 68 del Código Tributario, señala que la facultad determinadora le corresponde únicamente al sujeto activo de los tributos, en el caso de bienes importados le corresponde al SENAE. Que el Servicio de Rentas Internas, no solo en resoluciones administrativas que incluso obran de este expediente judicial, sino en varias causas judiciales, ha sostenido que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, es la autoridad competente cuando se trata de bienes cuyo hecho generador es la desaduanización por ser bienes o mercadería importada, por tanto, materia de comercio exterior. Que el Tribunal erróneamente establece que las facultades de determinación están supeditadas únicamente por el Servicio de Rentas Internas por ser tributos internos aún cuando toda la normativa encamina a dilucidar que son tributos del comercio exterior al gravar bienes importados. Que la errónea interpretación del artículo 68 del Código Tributario, llevó además a que el Tribunal interprete de manera equivocada el artículo 139 del Decreto Ejecutivo s/n, que contiene la denominada Ley para la Equidad Tributaria, publicada en el Registro Oficial 242 suplemento 29 de diciembre de 2007. Que el Tribunal no interpreta que la normativa expresamente establece una condición para que el Servicio de Rentas Internas ejerza la facultad determinadora y es que será "cuando corresponda". Que la facultad determinadora corresponde al SRI cuando no sean bienes importados y cuando el ICE no sea un tributo vinculado al comercio exterior. Que se reconoce que el Impuesto a los Consumos Especiales de importaciones es un tributo al comercio exterior pues se encuentra vinculado en este caso particular de manera directa al ingreso de mercadería al país, por cuanto su hecho generador es la desaduanización de mercadería. Que por lo expuesto se solicita se case la sentencia.

2.5 Audiencia.- La audiencia convocada se llevó a cabo el día 25 de mayo de 2021, a las 11h00.- Comparecieron a la misma, por la parte recurrente los abogados Carla Alba Crespo e Iván Orellana Tosi, procuradores judiciales de la parte actora y, por la contraparte, la abogada Bertha Loyola Ochoa en calidad de procuradora judicial del Servicio de Rentas Internas, quienes intervinieron debidamente autorizados en sus alegatos e hicieron uso de su derecho a la réplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma.-

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación interpuesto se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: "***Art. 268.- CASOS.-*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:* ***5.*** *Cuando haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto"*. Este caso se refiere a la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. El caso 5 tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia; para que se constituya se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas

sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido.

3.2 Respecto a la falta de aplicación alegada por el recurrente, esta Sala señala que, doctrinariamente esta vicio consiste en que: "*…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…*". (Murcia Ballén, Humberto,. 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá – Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., pág. 327);

Luis Armando Tolosa Villabona, en lo referente a la errónea interpretación manifiesta que: *"Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad."* (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá - Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 361); en otras palabras la errónea interpretación de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador.

3.3. El recurrente manifiesta en su recurso que se han violentado las siguientes normas:

Constitución de la República del Ecuador

*"**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:*

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."

Código Tributario

*"**Art. 68**.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.*

El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación".

*"**Art. 89.- Determinación por el sujeto pasivo**.- La determinación por el sujeto pasivo se efectuará mediante la correspondiente declaración que se presentará en el tiempo, en la forma y con los requisitos que la ley o los reglamentos exijan, una vez que se configure el hecho generador del tributo respectivo.*

La declaración así efectuada, es definitiva y vinculante para el sujeto pasivo, pero se podrá rectificar los errores de hecho o de cálculo en que se hubiere incurrido, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la administración."

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

*"**Art. 78.- Hecho Generador**.- El hecho generador en el caso de consumos de bienes de producción nacional será la primera transferencia, a título oneroso o gratuito, efectuada por el fabricante y el prestador del servicio dentro del período respectivo. En el caso del consumo de mercancías importadas, el hecho generador será su desaduanización. En el caso del ICE para las fundas plásticas, el hecho generador será la entrega de fundas plásticas por parte del establecimiento de comercio y que sean requeridas por el adquiriente para cargar o llevar los productos."*

*"**Art. 86.- Declaración, liquidación y pago del ICE para mercaderías importadas.-** En el caso de importaciones, la liquidación del ICE se efectuará en la declaración de importación y su pago se realizará previo al despacho de los bienes por parte de la oficina de aduanas correspondiente."*

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

*"**Art. 107.- Obligación Aduanera**.- La obligación aduanera es el vínculo jurídico entre la Administración Aduanera y la persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad, destino u*

operación aduanera, derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondientes a cada una de ellas, en virtud de lo cual, aquellas mercancías quedan sometidas a la potestad aduanera, y los obligados al pago de los tributos al comercio exterior, recargos y sanciones a las que hubiere lugar".

*"**Art. 108.- Tributos al Comercio Exterior**.- Los tributos al comercio exterior son:*

a. Los derechos arancelarios;

b. Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías; y,

c. Las tasas por servicios aduaneros.

El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador mediante resolución creará o suprimirá las tasas por servicios aduaneros, establecerá exenciones, fijará sus tarifas y regulará su cobro.

Los recargos arancelarios y demás gravámenes económicos que se apliquen por concepto de medidas de defensa comercial o de similar naturaleza, no podrán ser considerados como tributos en los términos que establece el presente Código, y por lo tanto no se regirán por los principios del Derecho Tributario."

***"Art. 145.- Control Posterior.**- Dentro del plazo de cinco años contados desde la fecha de pago de los tributos al comercio exterior el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador podrá someter a verificación las declaraciones aduaneras, así como toda información que posea cualquier persona natural o jurídica que guarde relación con mercancías importadas. Para la determinación de las declaraciones aduaneras sujetas al control posterior se emplearán sistemas de gestión de riesgo.*

Si se determina que la declaración adoleció de errores, que den lugar a diferencias a favor del sujeto activo, se procederá a la rectificación respectiva sin perjuicio de las demás acciones que legalmente correspondan, la rectificación de tributos en firme, será título ejecutivo y suficiente para ejercer la acción coactiva.

El sujeto pasivo podrá presentar una declaración sustitutiva a fin de corregir los errores de buena fe en las declaraciones aduaneras cuando éstos impliquen una mayor recaudación o inclusive si no modifican el valor a pagar, dentro del plazo de cinco años contados desde la aceptación de la declaración, siempre que la administración no hubiese emitido una rectificación de tributos por el mismo motivo o no se hubiere iniciado formalmente el proceso control posterior. La declaración sustitutiva será validada y aceptada del mismo modo que la declaración aduanera.

De considerarlo necesario el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador podrá disponer la realización de auditorías a los regímenes especiales dentro de un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de la declaración aduanera, para lo cual se podrá efectuar todo tipo de constataciones, sean estas documentales, contables o físicas.

Además, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, a través de sus unidades operativas, tiene la atribución para investigar las denuncias por infracciones aduaneras que se le presenten, así como para realizar los controles que considere necesarios dentro del territorio aduanero en el ámbito de su competencia, para asegurar el cumplimiento del presente Código y su reglamento, adoptando las medidas preventivas y las acciones de vigilancia necesarias.

La unidad operativa del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador encargada del control posterior podrá aprehender mercancías y objetos que puedan constituir elementos de convicción o evidencia de la comisión de una infracción aduanera y ponerlas inmediatamente a disposición de la servidora o el servidor a cargo de la dirección distrital que corresponda."

***"Art- 212.- Del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.**- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con competencia en todo el territorio nacional.*

Es un organismo al que se le atribuye en virtud de este Código, las competencias técnico-administrativas, necesarias para llevar adelante la planificación y ejecución de la política aduanera del país y para ejercer, en forma reglada, las facultades tributarias de determinación, de resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, de conformidad con este Código y sus reglamentos".

Decreto Ejecutivo s/n, que contiene la denominada Ley para la Equidad Tributaria

*"**Art. 139.-** A continuación del Art. 89 de la Ley de Régimen Tributario Interno agréguese el siguiente: La Administración Tributaria ejercerá su facultad determinadora sobre el ICE cuando corresponda, de conformidad con el Código Tributario y demás normas pertinentes".*

3.4 Es pertinente iniciar el análisis respectivo, señalando que el invocar el caso 5 del art. 268 del

COGEP, conlleva a que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia verifique si la sentencia emitida por la Sala de instancia riñe con el derecho (*error in iudicando*), lo que implica que los hechos sobre los que conoció el Tribunal *a quo*, son aceptados por las partes procesales, de tal manera que no se puede volver a analizar las pruebas ya presentadas y valoradas; de ahí que, la función de la Sala de Casación se limita a verificar que sobre tales hechos probados y reales, el juzgador haya aplicado correctamente las normas legales que corresponde.

3.5 Es pertinente señalar que conforme consta en la sentencia de instancia a fs. 584, al versar la controversia exclusivamente sobre la competencia para determinar el Impuesto a los Consumos Especiales, los jueces de instancia resolvieron que el litigio es de orden legal o de puro derecho y, así se procedió a resolver en audiencia única de conformidad con el art. 295 numeral 4 del COGEP, por tanto, no se practicó prueba alguna. Esta situación conlleva a que no existan hechos probados en instancia y que el punto controvertido se resolvió únicamente dentro del contexto de las normas tributarias, por lo cual esta Sala Especializada no ha podido conocer el entorno fáctico dentro del cual surgió la contienda, por lo que tampoco podrá pronunciarse al respecto.

3.6 El recurrente señala en el recurso de casación que en el presente caso los bienes sobre los cuales se gravó el Impuesto a los Consumos Especiales ICE son mercaderías que fueron importadas, es decir, que correspondieron a una operación de comercio exterior y que su hecho generador es la desaduanización, por lo que el Servicio de Rentas Internas (SRI) no es el competente para determinarlo sino el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) a través del proceso de determinación de control posterior.

3.7 El Tribunal de instancia señala en el fallo lo siguiente: *"**CUARTA.-** (…) El tema a dilucidarse se relaciona entonces, con la naturaleza jurídica del Impuesto a los Consumos Especiales, en aquellos casos en los que la carga impositiva se aplica sobre bienes importados, que a criterio de la actora, al constituir un tributo al comercio exterior, su liquidación y posterior determinación debería realizarla el organismo que administra tales tributos, esto es el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; al respecto, el Tribunal manifiesta que según el artículo 1 de la Ley No. 41, que crea el Servicio de Rentas Internas en el Ecuador, esta institución se configura como una entidad autónoma, con personería jurídica y su gestión tributaria corresponde a los tributos internos; el límite de su competencia lo establece la misma ley en el artículo 2 que señala como su facultad la de efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos, normativa de la que se desprende que al Servicio de Rentas Internas como entidad encargada por mandato expreso de la administración de los tributos establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno, le compete la gestión y determinación que se definen en los artículos 9 y 68 del Código Tributario que señalan: "…Art. 9.- Gestión tributaria.- La gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias."; Artículo 68 "Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación.". Establecida la normativa que define la competencia respecto a la administración de los tributos internos, habrá de dilucidar, si el Impuesto a los Consumos Especiales es un tributo al comercio exterior o en su defecto tiene la calidad de impuesto interno, para el caso, la Ley de Régimen Tributario Interno, que acorde a su denominación regula los tributos internos, en su artículo 75 establece como uno de los impuestos internos el denominado Impuesto a los Consumos Especiales ICE, que al tenor de su mandato se aplicará a los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, y el artículo 76 del invocado cuerpo legal, al establecer la base imponible de este tributo, incluye dentro de los bienes gravados, aquellos que provienen de la nacionalización de bienes importados, de lo que no queda duda alguna respecto a que el ICE, es un tributo interno, cuyo hecho generador en el caso de mercancías importadas se produce*

al momento de su "desaduanización", término que en su acepción legal se ha de entender como el acto administrativo por el cual el importador retira sus mercancías de la Aduana previo el pago de los derechos arancelarios, para el evento la misma ley en su artículo 80, señala como sujeto pasivo del impuesto, en su numeral 2 a quienes "…realicen importación de bienes gravados por este impuesto", y en el artículo 81 se establece la obligación de dichos sujetos pasivos, de hacer constar el tributo en la declaración de importación, y que el pago se realizará previo al despacho de los bienes por parte de la oficina de aduana correspondiente, conforme manda el artículo 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Consecuentemente el Impuesto a los Consumos Especiales, es un tributo Interno, y si bien, como sostiene la accionante, el artículo 108 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, define como tributos al Comercio exterior: "… b) Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías…", sin embargo, bajo el principio de legalidad tributaria, tal definición no altera la naturaleza jurídica del Impuesto a los Consumos Especiales, ni remite expresamente a la potestad aduanera el ejercicio de la gestión que corresponde al Servicio de Rentas Internas, así se desprende del contenido de los artículos del 205 y 209 del aludido Código, que a su tenor literal dicen artículo 205 : "El servicio de aduana es una potestad pública que ejerce el Estado, a través del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sin perjuicio del ejercicio de atribuciones por parte de sus delegatarios debidamente autorizados y de la coordinación o cooperación de otras entidades u órganos del sector público, con sujeción al presente cuerpo legal, sus reglamentos, manuales de operación y procedimientos, y demás normas aplicables"; y el artículo 209 "Alcance de la Sujeción.- La sujeción a la potestad aduanera comporta el cumplimiento de todas las formalidades y requisitos que regulen la entrada o salida de personas, mercancías, y medios de transporte; el pago de los tributos y demás gravámenes exigibles aunque correspondan a diferentes órganos de la Administración Central o a distintas administraciones tributarias, que por mandato legal o reglamentario, debe controlar o recaudar el Servicio Nacional de Aduana". De los presupuestos normativos invocados se establece que los bienes importados sujetos al gravamen del ICE, por corresponder a actividades relacionadas con el tráfico internacional de mercancías, están sometidas a la potestad aduanera, lo que comporta el cumplimiento de todas las formalidades y requisitos que regulen su ingreso al país, así como el pago de los tributos; la administración del ICE le corresponde al Servicio de Rentas Internas, por mandato de la misma ley, aunque el control y recaudación debe realizarlo el Servicio Nacional de Aduana, y de ninguna manera, puede interpretarse que tal control y recaudación lo convierte en un tributo administrado por el Servicio Nacional de Aduana, como erróneamente pretende el contribuyente. La realidad descrita se confirma con el mandato normativo contenido en los artículos 89 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el agregado a continuación, por el artículo 139 del Decreto Ejecutivo S/n, que contiene la denominada Ley para la Equidad Tributaria, publicada en el Registro Oficial 242 suplemento de 29 de diciembre de 2007 que en su orden señalan: "Art-. 89.- Destino del impuesto.- El producto del impuesto a los consumos especiales se depositará en la respectiva cuenta del Servicio de Rentas Internas que, para el efecto, se abrirá en el Banco Central del Ecuador. Luego de efectuados los respectivos registros contables, los valores pertinentes serán transferidos, en el plazo máximo de 24 horas a la Cuenta Corriente Única del Tesoro Nacional." "Art. (…) La administración Tributaria ejercerá su facultad determinadora sobre el ICE cuando corresponda, de conformidad con el Código Tributario y demás normas pertinentes". Consecuentemente siendo el Impuesto a los Consumos Especiales, un tipo de tributo, que consta en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y cuyo titular como sujeto activo es el Estado, que conforme a la disposición legal, su administración corresponde al Servicio de Rentas Internas (artículo 79), a ese órgano tributario le compete la facultad determinadora, facultad que se sustenta en el expreso mandato de la Ley, por ello no cabe aceptarse la pretensión de falta de competencia de la autoridad tributaria respecto a la emisión del acto administrativo contenido en el acta de determinación impugnada, pues al establecer el control respecto de las declaraciones presentadas por el contribuyente al proceder el acto de desaduanización de la mercancía por el importada, actuó en ejercicio de sus facultades y conforme al mandato legal; lo cual hace que el recargo establecido en el acta de determinación también sea legal". (El subrayado es de esta Sala).

3.8 Esta Sala señala que por un lado, el SENAE ejerce la potestad aduanera de manera privativa para el cumplimiento de sus fines, tiene

la competencia para realizar el control aduanero y el control posterior de las declaraciones aduaneras y, de conformidad al art. 205 del COPCI, la Aduana tiene por objeto facilitar el comercio exterior y ejercer el control de la entrada y salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República, así como de quienes efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías y en general, las atribuciones que le son propias a las Administraciones Aduaneras.

3.9 Por otro lado, el Servicio de Rentas Internas es quien administra el impuesto a los consumos especiales por mandato legal contenido en el art. 79 de la Ley de Régimen Tributario Interno, consecuentemente a dicha entidad le corresponden las facultades de la Administración Tributaria en general, establecidas en el art. 67 del Código Tributario. El contenido de los artículos mencionados concuerda además con lo dispuesto en el art. 2 numeral 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, que dispone que es facultad, atribución y obligación del SRI: "***Efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos del Estado y de aquellos cuya administración no esté expresamente asignada por Ley a otra autoridad***", consecuentemente, dentro de este contexto se puede establecer que la administración de un tributo abarca todas las actividades que le son propias al Servicio de Rentas Internas.

3.10 Para ratificar la competencia del SRI respecto al ICE los arts. 86, 87 y 89 de la Ley de Régimen Tributario Interno disponen:

> *"**Art. 86.- Declaración, liquidación y pago del ICE para mercaderías importadas**.- En el caso de importaciones, la liquidación del ICE se efectuará en la declaración de importación y su pago se realizará previo al despacho de los bienes por parte de la oficina de aduanas correspondiente.-*
>
> ***Art. 87.- Control**.- Facúltase al Servicio de Rentas Internas para que establezca los mecanismos de control que sean indispensables para el cabal cumplimiento de las obligaciones tributarias en relación con el impuesto a los consumos especiales.-*
>
> ***Art. 89.- Destino del impuesto.-** El producto del impuesto a los consumos especiales se depositará en la respectiva cuenta del Servicio de Rentas Internas que, para el efecto, se abrirá en el Banco Central del Ecuador. (…)".*

Lo señalado permite afianzar que es el Servicio de Rentas Internas la entidad competente para ejercer el control del Impuesto a los Consumos Especiales puesto que es el único administrador de este impuesto por mandato legal.- No es correcto lo señalado por la recurrente respecto a que cuando el hecho generador del ICE es la desaduanización de mercaderías, como ocurre en el presente caso, le corresponde determinar el impuesto al SENAE, pues el impuesto sin importar el momento en que se produzca el hecho generador, es uno de los impuestos internos administrados por el SRI por mandato legal y, por otro lado, no existe norma que otorgue la administración del impuesto a los consumos nacionales al SENAE como para sostener que es esta entidad quien debe controlar todo lo relacionado con este tributo.- Asimismo, y en consideración a las normas aduaneras, se observa del art. 209 del COPCI que la sujeción a la potestad aduanera "*comporta el cumplimiento de todas las formalidades y requisitos que regulen la entrada o salida de personas, mercancías, y medios de transporte;* ***el pago de los tributos y demás gravámenes exigibles aunque correspondan a diferentes órganos de la Administración Central o a distintas administraciones tributarias, que por mandato legal o reglamentario, debe controlar o recaudar el Servicio Nacional de Aduanas"*** (El resaltado corresponde a esta Sala), norma que claramente establece que la potestad aduanera comporta el pago de los tributos aunque correspondan a distintas administraciones tributarias, como es el caso puntual y que, por mandato legal o reglamentario deba recaudar el Servicio Nacional de Aduanas, mandato que se encuentra en la Ley de Régimen Tributario cuando se establece la declaración, liquidación y pago del Impuesto a los Consumos Especiales en el art. 86. Esta situación no implica que sea el Servicio Nacional de Aduana la institución competente para determinar el Impuesto a los Consumos Especiales, ya que la norma citada esclarece qué comporta la potestad aduanera tratándose de tributos de distintas administraciones tributarias, reduciendo la misma al pago.

3.11 Por todo el análisis realizado no se configura la errónea interpretación de los arts. 68 del Código

Tributario, 108 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones y 139 del Decreto Ejecutivo s/n que contiene la denominada Ley de Equidad Tributaria, pues los juzgadores de instancia han aplicado correctamente dichas normas considerando la integralidad del impuesto a los consumes especiales como correspondía, pues el art. 68 del Código Tributario define en términos generales lo que es la facultad determinadora, y el tribunal de instancia no ha interpretado dicha norma, sino que la a aplicado en su tenor literal Respecto al art. 108 del COPCI esta norma únicamente establece cuáles son los tributos al comercio exterior, pero bajo ningún concepto se puede afirmar que esta norma define la competencia de una institución respecto a un tributo, como pretende el recurrente y, finalmente el art. 139 del Decreto Ejecutivo s/ en concordancia con el art. 68 del Código Tributario ha sido correctamente entendida y aplicada por los juzgadores A quo, pues cuando la norma se refiere que se ejercerá la facultad determinadora cuando corresponda, hace alusión directa a cuando corresponda establecer la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo y no a quién debe ejercitar la facultad determinadora. Por todas estas consideraciones se desecha el yerro de errónea interpretaciòn acusado por el casacionista.

3.12 Respecto a la falta de aplicación de los arts. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, 89 del Código Tributario, 78 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 107, 145 y 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en los que fundamenta la compañía ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA. su recurso de casación para establecer que el SRI no es el competente para determinar el ICE; esta Sala Especializada verifica que bajo el análisis jurídico realizado, tampoco prospera la acusación alegada, pues, estos artículos no hacen más que ratificar que le corresponde a la autoridad competente como lo es el Servicio de Rentas Internas, realizar la determinación respectiva (arts. 76.3 CRE, 89 CT, 78 LRTI). El art. 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno se ha podido verificar que sí fue aplicado en la sentencia recurrida, por lo que no procede señalar su falta de aplicación.- Por otro lado, es necesario establecer que de haberse aplicado los artículos del COPCI acusados de vicio (arts. 107, 145 y 212), en nada se hubiere afectado a la decisión del fallo recurrido, pues disponen que las mercaderías se someten a la potestad aduanera y están obligados al pago de tributos al comercio exterior, situación que no se discute en instancia y, como ya se analizó anteriormente, la potestad aduanera para el caso puntual se encuentra limitada al pago del tributo de conformidad con el art. 209 del COPCI.

4. RESOLUCIÓN

4.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve **NO CASAR** la sentencia de 31 de mayo de 2018, a las 11h28, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca, provincia de Azuay; dentro del juicio de impugnación No. 01501-2018-00023.

4.2 Actué la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. 352-UATH-2021-OQ de fecha 5 de abril del 2021.

4.3 Sin costas.

4.4 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *01501-2017-00083*
Resolución Nro. *443-2021*
Fecha: *lunes 27 septiembre del 2021, las 14h52*

TEMA: Oportunidad para la presentación de excepciones a la coactiva ante el funcionario ejecutor de la administración tributaria.

ASUNTO

Edgar Raul Serrano Alvarado presenta una demanda en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, impugnando el acto administrativo No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV de 26 de junio de 2017, mediante el cual se niega la calificación del trámite de excepciones al proceso coactivo 0210-2017.

Entre los argumentos en que fundamenta su acción, señala que la administración tributaria negó incorrectamente su solicitud, por considerar que era extemporánea, en virtud de que no debía aplicar lo preceptuado en el Art. 214 del Código Tributario, que establece el término de 20 días para su presentación, sino el Art. 306 del Código Orgánico General de Procesos, que prevé el término de 60 días para tal actividad. Ante la ratificación del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en su contestación, de que las excepciones a la coactiva se presentaron de forma extemporánea, este punto de derecho fue objeto de pronunciamiento en la presente causa.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Cuenca fija el objeto de la controversia en resolver sobre la procedencia de la impugnación del acto administrativo No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV de 26 de junio de 2017.

Los jueces indican que, según lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos y el Código Tributario, las excepciones a la coactiva pueden proponerse ante el órgano jurisdiccional correspondiente o ante el funcionario ejecutor de la administración tributaria. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Cuenca menciona que el propio demandante escogió presentar las excepciones a la coactiva ante el funcionario ejecutor del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, por lo que no es aplicable la norma que regula el término para la interposición de las acciones contencioso administrativas y tributarias (Art. 306 del Código Orgánico General de Procesos).

En ese sentido, el órgano jurisdiccional manifiesta que, de acuerdo con el Art. 214 del Código Tributario, el administrado contaba con el plazo de 20 días desde la notificación del auto de pago para presentar las excepciones a la coactiva y no lo hizo, por lo que la administración pública actuó correctamente al negar su petición por extemporánea. De esa manera, el tribunal rechaza la demanda propuesta y declara la validez de la providencia No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV de 26 de junio de 2017.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01501-2017-00083

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

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

Quito, lunes 27 septiembre del 2021, las 14h52.

VISTOS: El señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, por sus propios y personales derechos, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 10 de mayo del 2018, a las 09h05, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, dentro del juicio de impugnación No. 01501-2017-00083, seguido por el señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, por sus propios derechos, en contra de la Providencia No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV de 26 de junio de 2017, emitida por el Director Distrital Quito del SENAE, en la que se inadmite a trámite las excepciones al proceso coactivo 0210-2017, por extemporánea.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de conformidad con el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 184 y 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 266 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante acta de sorteo de la causa, realizado el 19 de noviembre de 2020, a las 17h48, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores José Suing Nagua, Fernando Antonio Cohn Zurita y Gustavo Durango Vela.- Actualmente la Sala está conformada por los doctores José Suing Nagua, Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales y Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E) (ponente). Mediante Resolución Nro. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014- 0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; y, con Oficio Nro. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero de 2021, el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en remplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, conforme Acción de Personal No. 166-DATH-CNJ-2021-NB de 19 de febrero de 2021. Por licencia concedida a la Dra. Rosana Morales Ordóñez por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, actúa en la presente causa, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial el Dr. Fernando Cohn Zurita, según se desprende del Oficio Nro. 1071-SG-CNJ-2021 de 15 de septiembre de 2021.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- El señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, en el juicio de impugnación presenta recurso extraordinario de casación el 7 de junio de 2018, 11h22 (fs. 204 a 207 y vta. de los autos), el cual es calificado por el Tribunal de instancia de oportuno, que cumple los requisitos de ley y dispone subir los autos al superior mediante auto del 12 de junio de 2018, a las 14h50, cumpliendo lo señalado en el Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos

CUARTO: ERROR ALEGADO Y ADMITIDO.- Mediante auto de 10 de febrero del 2020, a las 10h10, dictado por el doctor Paul Alejandro Rengel Maldonado, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, se lo admitió parcialmente con sustento únicamente en el **caso 1** del Art. 268 del COGEP, por los vicios de: **errónea interpretación** de los arts. 306 numeral 5, 316 numeral 10 y 320 numeral 8 del COGEP y, **falta de aplicación** de la Disposición Transitoria Segunda del COGEP.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la

revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, conforme además lo expresaron las partes durante la realización de la audiencia, por lo que se declara la plena validez del mismo. A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez: providencia del viernes 17 de septiembre de 2021, las 10h01, dictada por el Juez Nacional Ponente de esta Sala Especializada en la que se convoca a las partes a audiencia de casación en vía telemática para el día jueves 23 de septiembre de 2021, a las 14h45, misma que efectivamente se realizó, y en la cual fueron escuchadas las partes procesales a través de sus procuradores judiciales; por parte de la parte actora el señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, acompañado de su abogado Esteban Flores Solano; y, por la parte demandada el Director Distrital Quito del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Jimmy Leonardo Garay Briceño, quienes intervinieron con sus alegatos debidamente autorizados e hicieron uso de su derecho a la réplica y contrarréplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma. Fue expuesta oralmente la decisión que en forma unánime adoptó la Sala, se cumple con la notificación por escrito conforme lo dispone a ley.

SEXTO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR EL VICIO SEÑALADO.- El señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, a través de su abogado patrocinador manifiesta que mediante providencia No. SENAE-DDG-2017-1716-PV (acto impugnado), se decide desechar las excepciones presentadas, pues a su criterio éstas habían sido interpuestas extemporáneamente, en aplicación del art. 214 del Código Tributario; que de esa providencia al amparo del art. 140 del Código Tributario, interpone recurso de apelación, ya que el plazo del art. 214 del mismo cuerpo legal, no es aplicable a este caso, toda vez que las excepciones a la coactiva presentadas tienen su sustento en el numeral 10 del art. 316 del COGEP, por lo que debe considerarse como acción de impugnación, acorde al numeral 8 del art. 320 del COGEP: que a pesar de haber fundamentado correctamente el recurso de apelación, el SENAE, mediante Providencia No. SENAE-DDG- 2017-1834-PV, de fecha 06 de julio de 2017, niega el recurso de apelación interpuesto por considerar que, en materia aduanera no es aplicable dicho recurso; que el 14 de septiembre de 2017 presentó la acción de impugnación en contra de las providencias No. SENAE-DDG-2017-1716-PV y SENAE-DDG-2017-1834-PV, solicitando que se declare la ilegalidad de las providencias impugnadas y se dé trámite a las excepciones al procedimiento coactivo, presentadas con fundamento en la nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución; que el art. 316.10 del COGEP, establece como una de las excepciones a la coactiva la de nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución y el art. 320.8 ibídem, enumera cuáles son las acciones de impugnación, entre ellas las excepciones a la coactiva que se propongan justificadas en el número 10 del art. 316; que de estas normas se colige que la excepción a la coactiva planteada era la del numeral 10 del art. 316 referido, por nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución, y en atención al art. 320.8, esta excepción a la coactiva constituye una acción de impugnación, acción que, acorde al art. 306.5 del COGEP, se pueden interponer en un término de sesenta días; y no en un término de veinte días como erróneamente interpreta el Tribunal; que a criterio del Tribunal, el funcionario ejecutor del SENAE, debía aplicar el trámite que determina el art. 214 del Código Tributario, sin embargo, incurre en falta de aplicación de la disposición transitoria segunda del COGEP, pues por ésta, se debía aplicar lo establecido en los arts. 306.5, 316.10 y 320.8, puesto que tal como lo ratifica el art. 322 numeral 1, la acción propuesta fue una acción de impugnación y no como erróneamente Interpreta el Tribunal en su sentencia; que la errónea interpretación de los arts. 306.5, 316.10 y 320.8 del COGEP, y la falta de aplicación de la Disposición Transitoria Segunda del mismo cuerpo legal, han llevado a que el Tribunal aplique erradamente el art. 214 del Código Tributario lo que ocasiona indefensión al administrado.

SÉPTIMO: ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en la contestación escrita al recurso de casación y en la audiencia convocada para conocer la causa, procede a dar contestación al recurso de casación interpuesto por la parte actora, y en lo

sustancial solicita que se deseche el recurso interpuesto y se ratifique la sentencia recurrida.

OCTAVO: CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PARA SU DECISIÓN.-

8.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.- El presente recurso de casación se fundamenta en el caso primero del art. 268 del COGEP, que establece:

> "***Art. 268***.- *Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal."*

8.2. ALCANCE DOCTRINARIO DEL ERROR.- Este caso se refiere a la violación de normas procesales o también llamados *errores in procedendo*, los mismos que pueden viciar el proceso tanto por nulidad insanable como por haber provocado indefensión, siempre y cuando hubieren influido en la decisión de la causa y que esta nulidad no hubiera quedado convalidada legalmente, pues no toda violación de procedimiento es causa de nulidad, para que se configure deben cumplirse los principios de especificidad y trascendencia, es decir, que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad o causado indefensión y que incida en la decisión de la causa.

Por su parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 473 del 7 de septiembre de 1999, R.O. 332 de 3 de diciembre de 1999), ha señalado adecuadamente sobre el error *in procedendo*, que:

> *"…Ante todo es necesario tener presente la finalidad del derecho procesal, para de acuerdo a ello determinar si se puede o no imputar a un fallo el vicio de la casual segunda del artículo 3 de la Ley de Casación (actual 268.1 del COGEP) por haberse trasgredido esta clase de disposiciones legales. Al respecto, debe recordarse que el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados. Las normas procesales no tienen vida por sí mismas, sino en razón o en función del derecho sustantivo cuya vigencia tutela; por lo tanto, solamente la 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*"

El recurso de casación interpuesto, se fundamenta en los vicios de **falta de aplicación** y de **errónea interpretación** de normas de derecho; y, en este sentido, el autor Luis Armando Tolosa Villabona, al respecto sostiene:

> En cuanto a la **falta de aplicación**: "*Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…*"; y en lo referente a la **errónea interpretación**: (…) "*Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad*"[1]

8.3. NORMAS LEGALES APLICABLES AL

[1] Tolosa Villabona, Luis Armando, 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá – Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359 y 361.

CASO.- Corresponde a esta Sala de Casación resolver sobre la violación a las normas que el recurrente estima infringidas, al amparo del caso 1 del art. 268 del COGEP, normas cuyo contenido es el siguiente:

Código Tributario:

"***Art. 86***.- *Cómputo y obligatoriedad de los plazos.- Los plazos o términos establecidos, en este Código o en otras leyes tributarias orgánicas y especiales, se contarán a partir del día hábil siguiente al de la notificación, legalmente efectuada, del correspondiente acto administrativo, y correrán hasta la última hora hábil del día de su vencimiento. Los plazos o términos obligan por igual a los funcionarios administrativos y a los interesados en los mismos*".

Código Orgánico General de Procesos:

*"**Art. 306**.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (…) 5. En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción...".*

*"**Art. 316.**- Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones: (…) 10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento. No podrán oponerse las excepciones primera, segunda, cuarta, quinta y novena, cuando los hechos que las fundamenten hayan sido discutidos y resueltos ante la jurisdicción contenciosa. De las resoluciones sobre las excepciones señaladas en este artículo se podrá interponer recurso de casación conforme con las normas de este Código".*

*"**Art. 320**.- Impugnación. Las o los contribuyentes o interesados directos pueden impugnar: (…) 8. De las excepciones a la coactiva que se propongan justificadas en el número 10 del artículo 316…".*

*"**DISPOSICIONES TRANSITORIAS** (…) **Segunda.-** Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República. Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa…".*

8.4. CASO SUB JUDICE A RESOLVER.- En relación al recurso de casación propuesto por el señor Edgar Raúl Serrano Alvarado, se considera:

8.4.1 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Cuenca, en la sentencia impugnada, al establecer el objeto de la controversia señala: "***QUINTO.-*** *El objeto de la controversia conforme lo dispone el artículo 294 No. 2 del Código Orgánico General de Procesos fue delimitado en la audiencia preliminar de la siguiente manera: Resolver sobre la procedencia o no de la impugnación de la providencia No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV de fecha 26 de junio de 2017, que contiene la negativa de calificación del trámite de excepciones al proceso coactivo 0210-2017, que conforme manifiesta el actor al impedir la tramitación se le vulneró su derecho fundamental de acceso a la justicia, mientras la administración solicita que se deseche la demanda y que se ratifique la providencia impugnada*" (subrayado fuera de texto).

8.4.2 Una vez establecido el objeto controvertido, el Tribunal Distrital de Cuenca en el numeral 5.2 de la sentencia recurrida, aborda el tema de la gestión tributaria y se centra en las ejercidas por los funcionarios recaudadores; con sustento doctrinario sobre el procedimiento de ejecución o coactiva, señala que el administrado ante la notificación con un auto de pago, conforme al Código Orgánico General de Procesos puede ejercer su derecho de presentar excepciones a la coactiva, sea mediante la acción de impugnación (art. 320.8) o acción especial (art. 322.1). Su presentación puede hacerlo ante el mismo funcionario ejecutor (art. 214 del Código Tributario) o directamente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario; luego de ello concluye que: "*El hoy demandante por su propio arbitrio escogió presentar las excepciones ante el funcionario ejecutor en el trámite administrativo*

conforme al Código invocado, por lo tanto el ejecutor no podía aplicar una norma de carácter jurisdiccional como pretende el accionante, mientras que, de conformidad con el Art. 214 antes citado, tenía el administrado el plazo de veinte días desde la notificación con el auto de pago para presentar las excepciones y no lo hizo, precepto legal que se encuentra vigente y dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que no se encuentra derogado, por lo expuesto, el Tribunal concluye que, el funcionario administrativo ejecutor actuó correctamente, sin que el demandante haya justificado la vulneración del derecho del acceso a la justicia, ya que disponía de todos los medios procesales expeditos para acceder a la tutela judicial efectiva en tiempo oportuno y no los accionó". (subrayado fuera de texto).

8.4.3 Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Casación realiza las siguientes consideraciones: **i)** El fin del proceso coactivo es lograr el cobro de créditos de obligaciones fiscales, seccionales o de entidades públicas incumplidas; de tal manera que ante la negativa del deudor de pagarlas, se activa la facultad recaudadora, a través de la ejecución forzada haciendo uso de la jurisdicción y competencia establecida en la ley. Una vez que la carga impositiva se encuentre líquida y determinada, debe materializarse en los denominados "títulos de crédito" u "órdenes de cobro" emitidos por autoridad competente, una vez notificados se le concederá al deudor ocho días para el pago, período dentro del cual el coactivado podrá presentar reclamo formulando observaciones, exclusivamente respecto del título o del derecho para su emisión. La presentación del reclamo suspende el inicio del procedimiento coactivo, caso contrario y vencido el plazo señalado para impugnarlos o solicitar facilidades de pago, se dicta el auto de pago mediante el cual se conmina al deudor a cumplir con la prestación dentro de tres días o en su defecto señalar bienes suficientes para el embargo. **ii)** Al procedimiento coactivo (sea administrativo o tributario) sólo se podrán oponer las diez excepciones señaladas en el art. 316 del Código Orgánico General de Procesos, que en esencia son las mismas que contempla 212 del Código Tributario, pero que por disposición de la Transitoria Segunda del COGEP, no serían aplicables; entre ellas la que es materia del presente recurso y tiene exactamente el mismo texto en ambos códigos: "*10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento*". **iii)** El juicio de excepciones es un mecanismo del cual dispone el sujeto pasivo para interrumpir la continuidad del procedimiento administrativo de ejecución, siempre y cuando rinda el 10% de la cuantía por consignación, de ahí que, le corresponde al Tribunal Distrital Tributario calificar la demanda y se cite al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución, conforme lo establecen los arts. 315 y 317 del Código Orgánico General de Procesos. **iv)** El Art. 319 del COGEP distingue entre las acciones de impugnación, acciones directas y acciones especiales, las que a su vez están detalladas en los artículos 320, 321 y 322 ibídem. Entre las acciones de impugnación se encuentra la que se propone con base en el numeral 10 del Art. 316 del COGEP. **v)** Por lo tanto, el hecho de que el excepcionante pueda alegar la excepción a la coactiva prevista en el numeral 10 del art. 316 del COGEP, provoca que la acción se constituya *per se*, en una acción de impugnación, por así disponerlo el Art. 320, numeral 8 del mismo cuerpo legal. **v)** No cabe duda y así se lo declara, que en consecuencia el trámite de estas acciones se tramitará en procedimiento ordinario (inciso final del Art. 320) y por tanto sometido a los términos de presentación establecidos en el numeral 5 del art. 306 del COGEP, esto es que el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas, deberán se presentadas en el término de 60 días.

8.4.4 En el presente caso, acorde al objeto de la Litis señalado por el Tribunal de instancia: resolver si es procedente o no la impugnación a la providencia No. SENAE-DDQ-2017-1716-PV, que niega la admisión a trámite las excepciones al proceso coactivo 0210-2017, a la que se ha opuesto el actor sustentando su pretensión justamente en la excepción del numeral 10 del artículo 316 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual le convierte, según se considera en el ítem 8.4.3. de esta sentencia en una acción de impugnación; ante lo cual las aseveración del Tribunal de instancia en el sentido de que el señor "El hoy demandante por su propio arbitrio escogió presentar las excepciones ante el funcionario ejecutor en el trámite administrativo

conforme al Código invocado, por lo tanto el ejecutor no podía aplicar una norma de carácter jurisdiccional como pretende el accionante, mientras que, de conformidad con el Art. 214 antes citado, tenía el administrado el plazo de veinte días desde la notificación con el auto de pago para presentar las excepciones y no lo hizo…", incurre en una errónea interpretación de los arts. 306.5, 316.10 y 320.8 del COGEP; esto debido a que no consideró que con la expedición de este código, las excepciones a la coactiva que se fundamenten en el numeral 10 del art. 316 del COGEP, se constituyen en acciones de impugnación, consecuencia de lo cual, el tiempo para oponerlas es el establecido en el numeral 5 del Art. 306 ibídem (60 días), contados desde que se citó el auto de pago y no en un término de veinte días como erróneamente interpreta el Tribunal, caso en el cual, como ya se ha pronunciado esta Sala en casos similares, no importa si lo hace ante el funcionario ejecutor o ante el tanto sometidas a su procedimiento, cuyo término para interponerlas se sujeta al mismo Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario. Siendo un hecho probado y reconocido por ambas partes que, el auto de ejecución 0210-2017 fue citado el 3 de abril de 2017 y el escrito de excepciones fue presentado el 21 de junio de 2017, se lo ha hecho a los 58 días hábiles, es decir dentro del plazo señalado en la norma. En este contexto, y en aplicación de los principios constitucionales (art. 11 de la CRE), es evidente que la errada interpretación de las normas de derecho antes referidas, en que incurre el Tribunal de instancia, no solo que ha viciado al procedimiento de nulidad insanable, sino que al no conocer el asunto de fondo incoado por la parte actora, se le ha privado a éste del acceso a la tutela judicial efectiva.

8.4.5 En cuanto al fundamento del recurrente de que ha existido una falta de aplicación de la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos; se concluye en base a lo expuesto en líneas precedentes, que no existe controversia entre qué norma debe aplicarse, dado que el COGEP ha regulado específicamente sobre las excepciones a la coactiva sustentadas en el numeral 10 del art. 316 ibídem; en tanto que el resto de excepciones, dependerá de la decisión que tome el contribuyente al ejercer su derecho de impugnar: si lo presenta en sede administrativa o jurisdiccional (si se trata de las excepciones de la 1 a la 9, tendrá 20 días, si es la excepción 10, tendrá 60 días); consecuencia de lo cual, la Disposición Transitoria Segunda, no es la llamada a resolver la controversia, lo que deviene en que su aplicación sea indiferente al tema en cuestión; por tal motivo se desecha este vicio alegado por el recurrente.

NOVENO: DECISIÓN.-

9.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del Art. 273 del Código Orgánico General de Procesos, 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**, resuelve **CASAR** la sentencia dictada el 10 de mayo del 2018, a las 09h05, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, dentro del juicio de impugnación No. 01501-2017-00083; y, declara su nulidad.

9.2 Se dispone que se remita el proceso al órgano judicial de instancia para que, previo el sorteo legal se asigne dicho proceso a un nuevo Tribunal para que se pronuncie sobre el fondo del tema en cuestión, sin que pueda alegarse a la demanda de impugnación, la oportunidad de su presentación.

9.3 Sin costas.

9.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

9.5 Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No.352-UATH-CNJ-OQ, de 5 de abril de 2021.

f) Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dr. Fernando Cohn Zurita, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *17505-2007-24646*
Resolución Nro. *530-2021*
Fecha: *lunes 8 de noviembre del 2021, las 10h42*

TEMA: Falta de legitimación activa por ausencia de *litis consorcio* necesario en demanda propuesta por un consorcio.

ASUNTO

PERENCO ECUADOR LIMITED, suscritora con el Estado Ecuatoriano de un contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque 7 de la Amazonía, presenta una acción de impugnación en contra del Servicio de Rentas Internas con respecto al acta de determinación No. 1720060100224, correspondiente al impuesto a la renta y anticipos del ejercicio económico 2002, emitida el 29 de noviembre de 2006.

La empresa actora sostiene que el acta de determinación es nula, en razón de que fue emitida en contra de un contribuyente (consorcio) que, al año 2002, no existía. La demandante añade que recién a partir del año 2005, por una disposición expresa del Servicio de Rentas Internas, se conformó un consorcio, esto es, una nueva sociedad para efectos tributarios, centrándose en este punto el tema de debate del proceso. Adicionalmente, PERENCO ECUADOR LIMITED afirma que tampoco existe solidaridad con las otras empresas que mantienen derechos y obligaciones con base en el contrato de participación.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito expresa que la compañía PERENCO ECUADOR LIMITED compareció en la causa por sus propios derechos, sin poder de representación concedido por las otras empresas que conforman la contratista, ni tampoco como operadora del contrato, por lo que el Servicio de Rentas Internas se encontraba debidamente amparado por el ordenamiento jurídico para efectuar el control tributario que se concretó en el acta de determinación impugnada, por tanto, no existe nulidad de la forma en que se realizó esa actividad.

El órgano jurisdiccional agrega que la determinación se efectuó en contra de una pluralidad de sujetos que conformaban una entidad económica independiente, que es sujeto pasivo del impuesto a la renta, motivo por el cual la intervención de la empresa PERENCO ECUADOR LIMITED, a título propio, resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto de determinación que también afecta a terceros, quienes no han comparecido a hacer valer sus derechos en el proceso, habiendo falta de legitimación en la causa, por ausencia de litisconsorcio necesario.

Por esas razones, el tribunal desecha la demanda planteada por PERENCO ECUADOR LIMITED en contra del Servicio de Rentas Internas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17505-2007-24646

Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua

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

Quito, lunes 8 de noviembre del 2021, las 10h42,

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por el Procurador Judicial de la empresa actora el 15 de octubre de 2021, a las doce horas y veinte minutos; atendiendo el mismo, en razón de que con fecha 5 de octubre de 2021, las 13h25, se notificó con autos para resolver la causa, se niega el pedido por extemporáneo. El abogado Esteban Bueno Carrasco en calidad de abogado autorizado y procurador judicial de la compañía Perenco Ecuador Limited, interpone recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 4 de diciembre de 2017, las 12h12, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2007-24646.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 185 segunda parte numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en fallo expedido el 4 de diciembre de 2017, las 12h12, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2007-24646, desechó la demanda presentada por el señor Laurent Combe en calidad de Apoderado General y como tal, representante legal de la compañía Perenco Ecuador Limited.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- Con fecha 10 de enero de 2018, las 16h21, el abogado Esteban Bueno Carrasco en calidad de abogado autorizado y procurador judicial de la compañía Perenco Ecuador Limited, interpuso recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 4 de diciembre de 2017, las 12h12, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2007-24646, mismo que fue calificado en auto de mayoría de 17 de enero de 2018, las 15h50, en los términos de los artículos 5, 6, 7, 8 y 11 de la Ley de Casación, para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso.

CUARTO: ADMISIÓN.- Mediante auto de admisión de 28 de julio de 2020, las 8h11, el doctor Marco Aurelio Tobar Solano, Conjuez de esta Sala, declaró la admisibilidad del recurso de casación propuesto por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1527, 1530 y 1453 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos y artículo 6 del Reglamento al Sistema Especial de Licitación y la Resolución del SRI No. 437; y, por indebida aplicación del artículo 3 tercer inciso del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación de los artículos 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y artículo 103 numeral 7 del Código Tributario.

QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- La abogada Jhosselyn Paredes Viteri en su calidad procuradora fiscal, debidamente autorizada por la Autoridad Tributaria, mediante escrito de 5 de octubre de 2020, las 17h42, da contestación al recurso interpuesto y solicita desechar el mismo.

SEXTO.- INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa No. 17505-2007-24646 (1), realizado el 21 de diciembre de 2020, las 18h10, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Fernando Antonio Cohn Zurita, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional, en calidad de Ponente. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463,

ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero de 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalado con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero del 2021.

SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal, por lo que se declara el proceso válido.

OCTAVO: AUTOS PARA RESOLVER.- Con fecha 5 de octubre de 2021, las 13h25, el Tribunal de Casación emitió autos para resolver la presente causa.

NOVENO: ERROR ALEGADO.- La compañía recurrente considera que el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 4 de diciembre de 2017, las 12h12, incurre en los siguientes errores: a) Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1527, 1530 y 1453 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 6 del Reglamento al Sistema Especial de Licitación y la Resolución del SRI No. 437; y, por aplicación indebida del artículo 3 tercer inciso del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; y, b) Causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, concretamente los artículos 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y artículo 103 numeral 7 del Código Tributario.

DÉCIMO: NORMAS SEÑALADAS COMO INFRINGIDAS.- Las normas que la compañía recurrente considera infringidas son: a) Artículo 568 segundo inciso del Código Civil.-"… Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.". b) Artículo 1527 del Código Civil.-"En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.". c) Artículo 1530 del Código Civil.- "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.". d) Artículo 1453 del Código Civil.-"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.". e) Artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos.- "Las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esta Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes. Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con PETROECUADOR.". f) Artículo 6 del Reglamento al Sistema Especial de Licitación.-"Consorcios o asociaciones.- Las empresas nacionales o extranjeras, estatales o privadas, legalmente constituidas a la fecha de la convocatoria, también podrán participar bajo la figura de consorcios o asociaciones. En caso de resultar adjudicatarias, el contrato deberá ser firmado por todas las partes, debiendo responder cada una de ellas en forma solidaria e indivisible por el conjunto de las obligaciones del contrato.". g) Resolución del Servicio de Rentas Internas No. NAC-DGER2005-0437 publicada

en el Registro Oficial No. 110 de 23 de septiembre de 2005.- En el recurso de casación se refiere la infracción de la Resolución indicada sin precisar cuál es el artículo o disposición transitoria de la misma que no ha sido aplicado/a en la sentencia recurrida. h) Artículo 3 tercer inciso del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.- "De los consorcios.-... En todos los casos, los miembros del consorcio serán solidariamente responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio.". i) Artículo 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. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.". j) Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.- "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.". k) Artículo 117 del Código de Procedimiento Civil.-"Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.". l) Artículo 103 numeral 7 del Código Tributario.- "Deberes sustanciales.- Son deberes sustanciales de la administración tributaria: 7. Fundamentar y defender ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal la legalidad y validez de las resoluciones que se controviertan y aportar a este órgano jurisdiccional todos los elementos de juicio necesarios para establecer o esclarecer el derecho de las partes;".

DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DE LAS CAUSALES PRIMERA Y TERCERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se configura por 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 causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación se configura por los vicios 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 sustantivo en la sentencia o auto".

DÉCIMO SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS ACUSADOS.- En lo que se refiere al fundamento de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1527 y 1536 del Código Civil y por aplicación indebida del artículo 3 tercer inciso del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la compañía recurrente señala que el SRI en el acta borrador de determinación, en las actas de determinación y en las resoluciones impugnadas, establece que el sujeto pasivo se constituyó con la firma del "Contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 7 de la Región Amazónica" (en adelante, contrato petrolero) y, además, establece que la deuda que nace de la suscripción del contrato es solidaria, por tanto, más allá de la existencia de la obligación, es evidente, que la obligación establecida en el contrato petrolero es solidaria y no puede dividirse. Perenco Ecuador Limited precisa en su recurso que en la sentencia recurrida, en varias ocasiones, se reconoce la solidaridad de las compañías y en el acta de determinación, en el punto 3.3. se citan los artículos 1527 y 1530 del Código Civil. Señala que el segundo inciso del artículo 568 del Código Civil no ha sido aplicado por el Tribunal A quo, siendo que el Código Civil manifiesta que los miembros de una corporación pueden obligarse de forma particular respecto de una obligación solidaria, en este caso, es obvio que Perenco al acudir de forma individual respecto de la obligación solidaria, se obligó de forma particular sobre la obligación establecida en las actas de determinación, por tanto, si se acepta el criterio de que existe el supuesto Consorcio no se puede constituir la "litis consorcio necesaria" mencionada por la Sala A quo ya que la obligación, de acuerdo con el propio SRI y el contrato petrolero, es solidaria. Es decir, se aceptaría que, por ser solidaria, se puede cobrar la totalidad de la deuda y demandar por dicha obligación a cualquiera de las empresas que supuestamente suscribieron el contrato petrolero, pero estas compañías no pueden acudir individualmente a defenderse, esto no tiene lógica alguna. Continúa argumentando el recurrente que es importante tomar en cuenta lo manifestado en el artículo 1527 (antes 1554), que tampoco fue aplicado por el Tribunal y que en lo pertinente manifiesta: "En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los

deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum…". La solidaridad quedó determinada por el propio contrato y el SRI, y el Tribunal inferior así lo han reconocido, por tanto, cualquiera de las partes del supuesto Consorcio podía hacerse cargo de la totalidad de la obligación y acudir de forma individual en la demanda, y así lo confirma el artículo 1536 del Código Civil. El artículo citado evidencia que Perenco como deudor solidario, puede acudir planteando excepciones que resulten propias de la naturaleza de la obligación y, además, todas las personales como sucedió en el presente caso, por tanto, es irrisorio que respecto de una obligación solidaria se pretenda aplicar el criterio de "litis consorcio necesario.". Añade la compañía recurrente que durante el proceso administrativo se ha aceptado el criterio de solidaridad, igualmente, se ha aceptado dicho criterio por la Sala A quo, por tanto, mal se puede establecer un criterio de litis consorcio necesario cuando los deudores solidarios pueden ser demandados de forma individual y su defensa también puede realizarse de forma individual. En las actas de determinación del SRI se puede evidenciar en la página 6 de ambas actas de determinación que se menciona: "Art. 1530. - El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.". Si no se le otorga al deudor el beneficio de división, ¿cómo se puede pretender aplicar el criterio de litis consorcio necesaria sobre una deuda solidaria? La solidaridad pretende proteger el interés del acreedor, en este caso del SRI, frente a la pluralidad de obligados frente a la deuda tributaria sin que esto limite la defensa individual de cada deudor. En efecto, lo que se pretende a través de la solidaridad es precisamente proteger al acreedor, se busca que el perjudicado pueda demandar de forma individual a cualquiera de los responsables para reclamarle la totalidad del valor adeudado, sin que le sea oponible la excepción de falta de litisconsorcio necesario; o que podrá demandar sólo a uno, o a todos los deudores, por tanto, es absurdo que se pretenda aplicar el concepto de litis consorcio necesaria que busca proteger al acreedor cuando uno de los supuestos deudores, que además de ser calificado como operador, se defiende en contra de una deuda solidaria de forma individual. Más aún si la obligación se determinó tomando de base las declaraciones de impuestos de Perenco, y las otras compañías ya que el supuesto Consorcio no tiene declaración de impuesto ya que ni siquiera tiene RUC. Finalmente, la compañía recurrente manifiesta que en el punto 4.4. de la sentencia recurrida, la Sala A quo al citar el artículo 3 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno evidenció que la demanda fue presentada por Perenco de forma individual debido a que se le pretende imputar una obligación solidaria, sin tomar en cuenta que esto se puede realizar conforme lo establece el artículo 1536 (SIC) del Código Tributario. Concluyendo la compañía recurrente que si se aplica el artículo 3 del Reglamento antes referido, se debía aplicar el criterio de solidaridad, sin embargo, se aplica este artículo para desechar la demanda. Esta violación directa queda en evidencia debido a que no se han nombrado siquiera, peor analizado o aplicado, las normas antes mencionadas a excepción del artículo 3 del Reglamento, siendo determinantes en la parte resolutiva ya que de haberse analizado o aplicado adecuadamente se hubiese entendido que las obligaciones solidarias no son divisibles y que pueden ser defendidas en juicio por cualquiera de los deudores solidarios como sucedió en este caso. Tan es evidente que la violación afecta a la resolución del Tribunal que de eliminarse el concepto de litis consorcio necesario de la sentencia se entraría a conocer el fondo de la litis, en este caso, no se ha conocido ninguno de los argumentos de fondo ya que según la Sala del Tribunal no es necesario realizar ninguna otra consideración ante la imposibilidad de pronunciar sentencia de fondo. Respecto de la fundamentación de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, concretamente la falta de aplicación de los artículos 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 103 numeral 7 del Código Tributario, Perenco Ecuador Limited argumenta en su recurso que la Sala A quo sustenta la existencia del supuesto Consorcio citando varias cláusulas del contrato petrolero, sin tomar en cuenta ni analizar otras cláusulas que evidencian que formar un consorcio

era opcional, pero más importante es que durante toda la sentencia no se habla ni analiza ninguna de las pruebas presentadas por Perenco para mostrar la inexistencia del Consorcio. La sentencia recurrida menciona que el Consorcio "surge por efecto del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos del Bloque 7", es decir, la única prueba que se analiza, y de forma parcial, para sostener la existencia del supuesto Consorcio es el contrato petrolero, sin analizar ninguna otra prueba y analizar de forma completa el referido contrato. La compañía recurrente detalla en su recurso toda la prueba que alega haber actuado oportunamente dentro del proceso, y que según explica, evidencian que a pesar de existir una obligación solidaria, nunca existió el supuesto consorcio. Posteriormente, y luego de reproducir la prueba aportada en el proceso Perenco Ecuador Limited pregunta ¿Acaso alguna de estas pruebas ha sido revisada, analizada o siquiera enunciada por el Tribunal A quo? ¿Acaso el contrato es suficiente para demostrar la existencia del Consorcio? Señala que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil no ha sido aplicado por la Sala A quo en su sentencia, es decir, no ha enumerado, revisado, enunciado o peor analizado las pruebas mencionadas, peor expresado la valoración de todas las pruebas presentadas por Perenco, ni tampoco ha cumplido con su deber (no facultad) de apreciar la prueba en su conjunto, simplemente ha mencionado que Perenco no ha presentado documentación que pruebe que el supuesto Consorcio existe. De igual forma refiere el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil y menciona que en este caso las pruebas presentadas, a pesar de haber sido agregadas al proceso en legal y debida forma, no fueron consideradas al momento de resolver. Consecuentemente, también se ha dejado de aplicar el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, que ordena a los jueces considerar las pruebas que han sido aportadas al proceso oportuna y debidamente. El no aplicar las normas antes mencionadas de valoración de la prueba generan un error evidente de derecho ya que la sentencia desestima todo argumento bajo el criterio de que existe el Consorcio. Señala la compañía recurrente que el escrito de prueba de Perenco está compuesto por XVIII acápites, en ciertos párrafos de forma directa se reproducen documentos que fueron adjuntados o que forman parte del expediente administrativo sin que en ningún momento se haga referencia a los documentos reproducidos, adjuntos al expediente o agregados, por tanto, pregunta qué valoración de la prueba ha existido en la sentencia recurrida. Refiere también el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil y argumenta que cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. En este caso, el SRI no aportó ningún documento que pruebe la existencia del supuesto Consorcio, sin embargo, bajo el erróneo concepto de la carga de la prueba se pretende sostener que a través del Contrato se ha demostrado la existencia de un ente cuando existen otras pruebas que demuestran lo contrario y, es más, el propio contrato evidencia que era opcional la creación de consorcio, al respecto también indica que debe tomarse en cuenta lo que dispone el artículo 103 numeral 7 del Código Tributario. En este caso no ha sucedido tal cosa; sin embargo, se tomó como ciertos todos los argumentos del SRI, sin que se haya probado, entre otros, los siguientes asuntos: a) Que durante el ejercicio 2002 haya existido el supuesto Consorcio, que haya tenido un RUC, contador o contrato que lo demuestre; b) Que Perenco estaba en conocimiento de la creación del supuesto Consorcio; c) Que existió voluntad de las partes de crear el supuesto Consorcio conforme lo establece la Cláusula 16.4 y 16.5 del contrato petrolero; d) Que el supuesto Consorcio conste en el registro o catastro de contribuyentes; e) La razón por la cual el acto impugnados fue emitido a nombre de la Contratista y no del supuesto Consorcio cuando el propio contrato distingue ambas figuras. Es más, los jueces a través de las distintas demandas que han resuelto, conocen que el SRI no solo que creó un sujeto pasivo relacionado con los contratos petroleros vinculados al Bloque 7 y Bloque 21, sino que creó cuantos sujetos quiso o necesitó, sin que ninguno de ellos tenga RUC ni haya presentado declaraciones antes del 2006. A continuación, la compañía recurrente hace un detalle de todos los sujetos creados a partir del 2002 por el SRI, según señala, a su conveniencia, a través de la aplicación ilegal de su facultad determinadora al emitir actas de determinación. Señala que no se creó uno sino siete sujetos pasivos distintos, lo cual no tiene razón de ser. Por tanto, sin contar las empresas que supuestamente forman parte del supuesto Consorcio, en el catastro del SRI deberían constar todos estos sujetos pasivos sobre los cuales se iniciaron procesos de determinación, todo esto a pesar de que se ha aportado con prueba

oportunamente actuada dentro de cada proceso que evidencia que nunca existió el supuesto Consorcio. Concluye el recurrente señalando que no se analizó la prueba presentada por Perenco, en especial la relacionada con la inexistencia del supuesto Consorcio, es decir, no se ha ponderado adecuadamente las pruebas presentadas por ninguna de las partes, lo cual es ilegal y contraviene directamente las normas de valoración antes citadas. Finalmente, en lo que se refiere a la fundamentación del vicio de falta de aplicación del artículo 1453 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación y de la Resolución del SRI No. 437, la compañía recurrente señala que el SRI emite el acta de determinación respecto del sujeto pasivo "contratista que suscribió con el Estado ecuatoriano el contrato modificatorio de prestación de servicios a participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 7 de la Región Amazónica que incluye el convenio de explotación unificada del campo Coca-Payamino". Señala que a pesar de la alegación realizada en la demanda de la inexistencia del sujeto pasivo, la H. Sala acepta la existencia del supuesto Consorcio, sin tomar en cuenta ninguna de las pruebas aportadas en el proceso y, sobre todo luego de que se demostró que el "supuesto Consorcio", a cargo del cual el SRI levantó el acta de determinación, no existió durante el ejercicio fiscal 2002. Señala Perenco que el SRI creó éste ente debido a que su facultad determinadora había caducado, y necesitaba un medio para iniciar un proceso de determinación a cargo de Perenco y las otras compañías que suscribieron el contrato petrolero. Efectivamente, el contrato petrolero fue suscrito entre PETROECUADOR y varias empresas, todas con personalidad jurídica propia, independientes entre sí, y a las que, en conjunto, para los efectos previstos en el contrato petrolero, se les denominó la "Contratista". Esta "Contratista" nunca existió como persona jurídica independiente de las partes, o como una sociedad para efectos impositivos; por el contrario, el término "Contratista" se utilizó para identificar a un grupo de empresas que suscribieron de forma solidaria, el contrato petrolero con PETROECUADOR. El SRI para poder demostrar la existencia del supuesto Consorcio debió presentar el acuerdo o voluntad de las partes o la norma que crea dicho ente, lo cual nunca sucedió. Más allá de lo antes mencionado, en Derecho, de acuerdo con el artículo 1453 del Código Civil, existen dos formas para que un consorcio o asociación nazca a la vida jurídica: a) Por voluntad de sus miembros; o, b) Por mandato legal. El artículo 1453 del Código civil, en su parte pertinente, ordena: "Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...); ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.". A continuación la compañía recurrente analiza cada forma: a. Respecto de la voluntad de las partes señala que del expediente del proceso queda claro que en el 2002 las compañías que suscribieron el contrato petrolero nunca expresaron su voluntad de formar un consorcio o asociación y, de otro lado, el SRI desde la etapa de determinación hasta la fecha, no ha demostrado la existencia de un acuerdo entre las supuestas socias del supuesto consorcio, es más no ha presentado documento que demuestre la voluntad u obligación expresa de que las empresas se constituyan en consorcio o asociación y esto se debe a que el propio contrato de participación sancionaba con la caducidad la asociación o constitución de consorcios sin la previa autorización del Ministerio del ramo. Refiere que la cláusula 16.5 del contrato petrolero establece que si la contratista juzgare conveniente constituir consorcios o asociaciones podrán hacerlo con previa notificación de PETROECUADOR y autorización del Ministerio del Ramo, por otro lado, la cláusula 16.5 del referido Contrato menciona textualmente: "La integración de tales consorcios o asociaciones, o el retiro de la Contratista de los mismos, sin autorización del ministerio del ramo constituirá causal para la declaratoria de caducidad de este Contrato". Ni en el expediente administrativo ni en el expediente del proceso existe un convenio entre las partes para actuar como Consorcio ni la autorización del Ministerio del ramo a la que hacen referencia las cláusulas antes citadas, por tanto, no se ha podido demostrar la existencia del Consorcio en el 2002. El contrato petrolero fue firmado por las supuestas socias del supuesto Consorcio de forma individual e independiente y así fue probado y reconocido en la sentencia recurrida, además, como se mencionó, las contratistas no podían construir asociaciones o consorcios sin autorización del Ministerio del ramo, por tanto, queda demostrado que nunca existió voluntad de las partes de comparecer de forma conjunta y aceptando responsabilidad limitada. Además, cada una

de las empresas que mantenía derechos y obligaciones en el "Contrato de Participación" tenía vida jurídica en Ecuador durante el ejercicio fiscal 2002. Todas las empresas se domiciliaron en el Ecuador por así disponerlo expresamente la Ley de Hidrocarburos en su artículo 26. Si la voluntad del legislador hubiese sido obligar a las empresas a conformar "Consorcios" como requisito previo a la suscripción de contratos con el Estado para la exploración y explotación de hidrocarburos, así lo hubiese dispuesto. Sin embargo, cuando se firmó el contrato petrolero, las empresas que lo suscribieron tuvieron la clara opción de hacerlo como empresas individuales, como ha ocurrido en este caso. Por otro lado, del artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación claramente se desprende que se otorgó dos opciones, dos alternativas a las compañías que debían suscribir un contrato de participación: i) comparecer individualmente; o, ii) comparecer a través de un consorcio o asociación. En el caso que nos ocupa, se optó por la primera alternativa. Por esta razón es que la ley, el contrato petrolero y el propio SRI reconocen una obligación solidaria a cargo de las compañías ya que de no asociarse el Estado ecuatoriano, a través del SRI, podía acudir a cualquiera de las compañías para cobrar la deuda tributaria no satisfecha. Señala Perenco que las compañías supuestas socias del supuesto consorcio, al atender lo ordenado en la Resolución del SRI No. 437, el 30 de diciembre de 2005 y, previa autorización del Ministerio de Energía y Minas, suscribieron el convenio de creación del Consorcio Bloque 7 y 21, por tanto, para el ejercicio económico 2002 el supuesto Consorcio nunca existió. Debido a que el "Supuesto Consorcio" a cargo del cual se levantó el acta de determinación jamás existió, es evidente entonces que Perenco Ecuador Limited jamás pudo representar a un ente inexistente y, por tanto, no tiene sentido lógico o jurídico alguno que el SRI exija a un ente inexistente el pago de una supuesta obligación tributaria, ni pretender imputar a mi representada esa supuesta obligación de ese ente inexistente. El recurrente continúa analizado la segunda forma para que un consorcio nazca a la vida jurídica: b. mandato legal, y argumenta que la ley no establece un mandato expreso u obligatorio de formar consorcios al suscribir contratos petroleros, es más la ley, como se mencionó anteriormente, entrega la opción para que las compañías escojan si quieren o no formar consorcios, todo esto sujeto a la autorización del Ministerio correspondiente. El artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación ordena que las compañías que suscriban contratos petroleros pueden optar por formar consorcios o asociaciones o actuar individualmente. Solamente a partir de una disposición expresa del Servicio de Rentas Internas, contenida en la Resolución No. 437 (Registro Oficial 110 de 23 de septiembre del 2005) y luego de que el Ministerio de Energía y Minas lo autorizó (mediante Acuerdo Ministerial No. 049) las empresas que mantenían derechos y obligaciones sobre el contrato de participación conformaron un Consorcio, esto es, una nueva sociedad para efectos tributarios. Una vez constituido el Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 en el 2006 se obtuvo el correspondiente RUC, cabe mencionar que de haber existido el supuesto Consorcio en el 2002, el SRI debió continuar con las determinaciones respecto del supuesto sujeto pasivo; sin embargo, el SRI desde el 2006 realizó determinaciones al Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 que fue constituido conforme a la referida Resolución del SRI No. 437. De esta forma, no existe fuente alguna que permita alegar el nacimiento del supuesto Consorcio por que las compañías que suscribieron el contrato prefirieron obligarse frente al Estado de forma individual. Afirma la compañía recurrente que ese es el análisis que debió realizar el Juez ponente y no simplemente considerar que el supuesto Consorcio existe por la simple lectura de las cláusulas que convenientemente aportan a la tesis del SRI y que, por tanto, existe litis consorcio necesaria sobre una deuda de carácter solidario. Quedó demostrado que jamás se aplicó el artículo 1453 del Código Civil y que no existió voluntad alguna de Perenco para constituir un consorcio ni norma alguna que la obligue a hacerlo. Por lo tanto, el acta de determinación es nula, por haber sido emitida a cargo de un contribuyente que en el ejercicio fiscal 2002 simplemente no existía, ya que constituir un consorcio sin la autorización del Ministerio de Energía y Minas hubiera significado la caducidad del contrato. Queda también demostrado que en la sentencia recurrida no ha existido un mínimo análisis del artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos que permite la domiciliación individual de cada empresa, pero aún, de la simple lectura de la sentencia, también se puede evidenciar que nunca se tomó en cuenta el artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación que permite de forma opcional la participación de las compañías

de forma individual o de forma consorcial, estas normas forman parte de un sistema que protege tanto la opción de las compañías de actuar como consorcios o de forma individual sin dejar de lado la protección al Estado ecuatoriano estableciendo la solidaridad de la deuda tributaria. Finalmente, Perenco manifiesta que la sentencia recurrida, en el punto 4.3., menciona que el SRI a través de la Resolución 437, ordenó la creación de los consorcios petroleros a partir del 30 de diciembre de 2005, sin realizar ningún otro análisis y sin considerar que incluso esta resolución exigía que para crear un consorcio se necesitaba la autorización del Ministerio de Energía y Minas, todos estos argumentos más las pruebas presentadas no han sido ponderadas o debidamente analizadas. Hay que tomar en cuenta que este vicio, más allá del efecto que se evidencie en la resolución, también busca revisar la legalidad de la valoración de la prueba y en este caso es evidente que al no aplicarse ninguno de los artículos mencionados y considerar que no se ha presentado prueba ya es sustento suficiente para evidenciar el error cometido, pues la Sala señala que no se ha presentado prueba alguna que evidencie que no existe el consorcio.

DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DEL VICIO ALEGADO.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver los problemas jurídicos planteados derivados del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, admitido por el Conjuez de la Sala, considera: 13.1 Causal primera.- i. La falta de aplicación "ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia.". ii. El recurrente cuestiona el fallo de instancia por haber incurrido en falta de aplicación de los artículos 568, inciso segundo, 1453, 1527 y 1530 del Código Civil, 26 de la Ley de Hidrocarburos, 6 del Reglamento Especial de Licitación y la Resolución del SRI No. 4377, así como la indebida aplicación del artículo 3, inciso tercero del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. El cuestionamiento gira en torno a la existencia o no del consorcio, lo que habría provocado la falta de legitimado activo, por la no comparecencia de todos los integrantes del mismo a cuestionar los actos de determinación tributaria, esto es la figura procesal de litis consorcio necesario; iii. La sentencia cuestionada establece que en razón de que la determinación se efectuó en contra de una pluralidad de sujetos que conformaban una entidad económica independiente, sujeto pasivo del impuesto a la renta, por lo que la intervención de la empresa actora a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, por lo que concluyen que se ha suscitado lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio, sin que llegue a pronunciarse por los temas de fondo; iv. Analizada la sentencia, en el considerando cuarto desarrolla los argumentos que sostienen su decisión, así: a) Que la compañía compareció en la presente causa por sus propios derechos; b) Que el contrato fue suscrito por una pluralidad de sujetos, que conforman una unidad económica con obligaciones tributarias propias, originadas en el contrato de prestación de servicios petroleros del Bloque 7; c) Que la actora niega la existencia del consorcio, que se conforma con fecha posterior al periodo del examen; d) Que la Ley de Régimen Tributario, artículo 94 regula el término sociedad, incluyendo a entidades carentes de "personería jurídica", así como la obligación de declarar el impuesto a la renta por parte del consorcio o asociaciones de empresas, según el artículo 3 del Reglamento a la LRTI; e) Que tanto el contrato como la legislación vigente definen al contratista como un sujeto distinto a las empresas que lo conforman con obligaciones tributarias propias derivadas del contrato. Concluye que la intervención de la empresa PERENCO ECUADOR LIMITED a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, estableciendo que se produce lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio necesario, en base a lo cual desecha la demanda, sin emitir decisión sobre el fondo del asunto como expresamente lo deja sentado; v. Para resolver el cuestionamiento, corresponde verificar qué clase de figura constituye la denominada "CONTRATISTA" para efectos tributarios: a) Como lo

establece la sentencia, la contratista, originalmente integrada por KERR McGEE ECUADOR ENERGY CORPORATION, en calidad de operadora del Bloque 7 y las compañías SANTA FE MINERALES DEL ECUADOR S.A, SOCIEDAD INTERNACIONAL PETROLERA S.A, y la COMPAÑÍA LATINOAMERICANA PETROLERA S.A. (CLAPSA) suscribieron el "Contrato modificatorio de prestación de servicios a contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 7 (Contrato de Participación)"; b) La empresa actora PERENCO ECUADOR LIMITED asume la condición de operador del Bloque 7, por la cesión de los derechos y obligaciones realizadas a su favor por la compañía KERR McGEE ECUADOR ENERGY CORPORATION a partir del 4 de septiembre de 2002, fecha del contrato de cesión; c) El ejercicio determinativo que concluye con el Acta de Determinación No. 1720060100224 de 29 de noviembre de 2006, objeto de la acción de impugnación, por el ejercicio fiscal 2002, lo realiza la Administración Tributaria al "CONTRATISTA QUE SUSCRIBIO CON EL ESTADO ECUATORIANO EL CONTRATO MODIFICATORIO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS EN EL BLOQUE 7 DE LA REGION AMAZÓNICA QUE INCLUYE EL CONVENIO DE EXPLOTACIÓN UNIFICADA DEL CAMPO COCA-PAYAMINO"; d) El "CONTRATISTA" como consta en el contrato, (fs. 437 a 498 del proceso) es un grupo de empresas que quedan plenamente identificadas, donde la actora de la causa tiene el rol de operador del Bloque 7, fruto de la cesión de derechos que operó a su favor; consecuentemente, sin que exista, al año del ejercicio determinado, ningún consorcio constituido, es indudable que el "CONTRATISTA" es una sociedad, en la acepción general del término, distinta de quienes, como consecuencia del contrato suscrito, asumen, de hecho, una responsabilidad solidaria, pues el contrato no discrimina ni especifica obligaciones individuales para las empresas suscriptoras, sino para la "CONTRATISTA" como un sujeto autónomo, y como tal, sujeto pasivo del impuesto a la renta, al tenor de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la fecha del ejercicio en discusión; v. La empresa actora, si bien comparece a título individual, es indudable que lo que cuestiona es el acta de determinación que la Administración Tributaria ha levantado en contra de la "CONTRATISTA", de la que es operadora del Bloque 7, por lo que corresponde verificar si la figura de "litis consorcio necesario", utilizado por el Tribunal de instancia en la sentencia cuestionada es aplicable al caso; vi. La falta de derecho del actor o ilegítimo contradictor, no es un presupuesto de validez del proceso, pero sí de la sentencia de fondo o mérito; sobre la legitimación en la causa, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional ex-Suprema ha dicho: "es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), que 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, pues es frente a ellos que 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 los obliga y produce cosa juzgada sustancial", (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 5 16-99 dictada dentro del juicio N°159-98); "Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible" (el subrayado corresponde a la Sala), Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99 dictada dentro del juicio N° 820-94, publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de Agosto de 1999; "Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación ad caussam; y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato (relación sustancial) se hace indispensable a fin de que la

relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; si los sujetos son dos o más, pero forman un solo sujeto, estamos en presencia de un litis consorcio necesario y su comparecencia es indispensable", (el subrayado corresponde a la Sala) Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 118-99 en el juicio 100-96, publicada en el Registro Oficial N° 160 del 31 de marzo de 1999 (referencias tomadas del artículo Capacidades y legitimaciones en el proceso civil de Lorena Cascante Redín); como se desprende de las referencias jurisprudenciales, la legitimidad en la causa es aplicable en determinadas circunstancias, no en todos los casos, como regla única; vi. En materia tributaria, el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, ya como contribuyente, ya como responsable; lo son también las entidades que, carentes de personalidad jurídica constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente (artículo 24 del Código Tributario); en el presente caso, indudablemente, al constituir una unidad económica, el "CONTRATISTA" es sujeto pasivo de la obligación, independiente de sus integrantes; vii. Ahora bien, como se deja expuesto, la actora de la causa, PERENCO LIMITED, actúa como operadora del Bloque 7, objeto del contrato, tema que no está en discusión, por lo que es perfectamente válido que actúe en representación de la "contratista", toda vez que, tratándose de una sociedad de hecho, sin conformación legal, obliga de manera solidaria a cada uno de sus miembros, al tenor de lo preceptuado en el último inciso del artículo 568 del Código Civil, aplicable al caso. La responsabilidad solidaria le da la opción de repetir a los demás integrantes de la sociedad, de ser el caso; viii. No se puede pretender, a título de falta de legitimación en la causa, evitar un pronunciamiento de fondo sobre los puntos objeto del litigio, que son perfectamente impugnables, al tenor de lo preceptuado tanto en la Constitución de la república, como en la Ley de Régimen Tributario Interno y el Código Tributario; no dar paso al conocimiento y decisión de fondo, implicaría dejar en la indefensión al actor y una flagrante vulneración a la tutela de derechos, objeto de la acción contencioso tributaria, conforme al mandato del artículo 300 del COGEP. Aceptándose el recurso interpuesto, al no existir decisión de fondo, corresponde que el expediente vuelva al Tribunal de instancia para que se pronuncia sobre los cuestionamientos a los cargos establecidos por la Administración Tributaria. 13.2. Respecto de los vicios fundados en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, concretamente la falta de aplicación de los artículos 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 103 numeral 7 del Código Tributario, no procede su análisis por lo resuelto en el considerando precedente. **DÉCIMO CUARTO.- DECISIÓN.-** Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve **CASAR** el fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 4 de diciembre de 2017, las 12h12, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2007-24646. En razón de no existir una decisión de mérito sobre el fondo del litigio, se dispone que el proceso vuelva al Tribunal, para que el mismo Tribunal, u otro, manteniendo la ponencia en el Juez sustanciador, expida sentencia sobre los temas controvertidos, a la brevedad posible. **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.**

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; (PONENTE), Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *17510-2019-00165*
Resolución Nro. *591-2021*
Fecha: *martes 7 de diciembre del 2021, las 14h31*

TEMA: Declaratoria de abandono del proceso ante inasistencia de la parte actora a la audiencia preliminar.

ASUNTO

En la causa originada por la demanda planteada por la compañía ANDEANTRADE S. A. en contra del Servicio de Rentas Internas se discute si la declaratoria de abandono del proceso dictada en contra de la parte actora, en virtud de su inasistencia y de su defensa técnica a la audiencia preliminar, es apegada a derecho.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en voto de mayoría, declara el abandono del proceso, de conformidad con el Art. 87 del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto la representante legal de la compañía ANDEANTRADE S. A. ni su defensa técnica comparecieron a la audiencia preliminar convocada en la causa seguida en contra del Servicio de Rentas Internas, disponiéndose su archivo.

El órgano jurisdiccional sustenta su decisión en que el certificado médico presentado por la actora tres días después de la audiencia no contiene la hora de la atención, por lo tanto, no sirve para justificar su inasistencia a la audiencia preliminar. Además, de acuerdo al tribunal, la copia simple del pasaporte de uno de los abogados de la parte actora no tiene valor probatorio ni permite determinar el tiempo que se encontró fuera del país, contando la demandante con otro abogado autorizado para ejercer su defensa, quien tampoco acudió injustificadamente.

En voto salvado, la Dra. Sandra Maldonado expone que la actora, a través del certificado médico presentado, demuestra haber sido atendida por un profesional de la salud el día en que se iba a desarrollar la audiencia preliminar, lo que consiste un caso fortuito debidamente probado, lo que justifica su inasistencia a la diligencia, por lo que no se puede dictar el auto interlocutorio de abandono del proceso y se debe convocar nuevamente a audiencia preliminar en la causa.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2019-00165

Jueza Ponente: Dra. Rosana Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito martes 7 de diciembre del 2021, las 14h31.

Vistos.-

ASUNTO:

Resolver el recurso de casación interpuesto por la señora Mónica de Lourdes Díaz Tuguminago, vicepresidenta ejecutiva y representante legal de la compañía ANDEANTRADE S.A.; en contra del auto resolutorio de mayoría de 4 de diciembre de 2019, a las 11h11, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de

Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2019-00165, propuesto por compañía ANDEAN-TRADE S.A., en contra de la Resolución No. 117012019RREC029979 de 29 de enero del 2019, suscrita por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas (SRI), mediante la cual se resuelve aceptar parcialmente el reclamo administrativo de impugnación a la Liquidación de Pago No. 17201806500720929 por diferencias en la declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2013.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido del auto resolutorio impugnado con relación al objeto del presente recurso de casación.- En el auto de mayoría recurrido se resolvió negar el pedido de nuevo señalamiento en los términos solicitados por la actora, más cuando al haberse dictado auto interlocutorio verbal en audiencia, no corresponde nuevo pedido de señalamiento por haber precluido el momento procesal. Por tanto, se ratifica el abandono de la causa por no comparecer a la audiencia preliminar la parte actora ni su defensa técnica, así como el abandono de la causa.

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.- A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto de 15 de julio de 2020, a las 08h22, dictado por el doctor Marco Aurelio Tobar Solano, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, en el que se declara la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la señora Mónica de Lourdes Díaz Tuguminago, vicepresidenta ejecutiva y representante legal de la compañía ANDEAN-TRADE S.A., por el caso 2 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por falta de motivación, infringiendo el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución; y a su vez, por el caso 5 del art. 268 del COGEP, por el vicio de falta de aplicación de los arts. 30 del Código Civil y 75 de la Constitución de la República.

1.2.2 El abogado Wagner Argandoña Álava, procurador fiscal de la Directora General y Director Zonal 9 del SRI en la contestación al recurso interpuesto señala que del auto recurrido se desprende que el mismo ha sido emitido con la debida motivación del caso, que de ninguna manera ha existido falta de aplicación de norma alguna, razones por las cuales el recurso de casación interpuesto es improcedente, toda vez que la sentencia no se subsume en los vicios de las causales en que se fundamenta el recurso.

1.2.3 Sorteo de la causa número 17510-2019-00165, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de noviembre del 2020, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.

1.2.4 Auto de 24 de noviembre de 2021, en el que se convoca a las partes a audiencia para el día 3 de diciembre de 2021 a las 10h00.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificado la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero del 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo.- Así como por el sorteo que consta en el proceso; y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2 De la validez procesal.- Se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

2.3 Problema jurídico planteado.-

CASOS 2: Vicio de falta de motivación, infringiendo el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución;

CASO 5: Falta de aplicación de los arts. 30 del Código Civil y 75 de la Constitución de la República

del Ecuador.

2.4 Fundamentación del recurso.- El casacionista en la fundamentación del recurso señala que incurre en el caso 5 del art. 268 del COGEP, ya que existe una falta de aplicación del art. 30 del Código Civil, pues de la argumentación utilizada por el Tribunal de instancia, se establece que existe un abandono injustificado por parte del recurrente al no haberse presentado a la audiencia preliminar, sin embargo, en el auto recurrido, se determina claramente la existencia de un certificado médico extendido por un profesional de la salud que determina la situación de afectación médica, posición que inclusive es tomada y acogida por el voto de minoría de la Dra. Sandra Maldonado; Que el Tribunal de instancia reconoce la existencia del certificado médico, pero no reconoce la enfermedad establecida en el mismo, por supuestamente no establecer día, mes y hora de ingreso a la clínica, cuestión que difiere con lo establecido en el art. 30 del Código Civil; Que esta norma prevé que ciertos acontecimientos pueden salir del control y responsabilidad de la persona, por ende, al aplicarse los mismos, existe una causal de justificación para el individuo que ha sido objeto de este tipo de actuaciones imprevisibles; Que el caso fortuito o fuerza mayor, como lo define la ley, es el acto que no puede ser "*proveído*", es decir, no puede tener control o conocimiento el agente, por lo tanto, de las circunstancias que se establecen en el certificado médico entregado oportunamente y que es mencionado en el auto recurrido, se puede verificar a toda luz la existencia de lo preceptuado por el art. 30 del Código Civil, sin embargo, este no fue aplicado por los jueces de instancia en voto de mayoría, más aun cuando el certificado médico estaba presentado en original y por ende, tenía y podía ser considerado como prueba válida y con eficacia jurídica, cuestión que no se hizo, y que solo es recogido en el voto salvado; Que una enfermedad es una situación no prevista, la misma que fue diagnosticada y certificada por un profesional de la salud y que se establece en el certificado médico puesto a conocimiento de los jueces; Que cuando el Tribunal reconoce la existencia del documento médico pero no le da validez por presuntamente no estar la hora de ingreso a la clínica, desconoce y deja de aplicar el art. 30 del Código Civil; Que lo establecido en tal norma se puede verificar en el presente caso, es decir, se ha configurado un caso de fuerza mayor, como es una enfermedad. Sobre la falta de aplicación del art. 75 de la Constitución de la República, este artículo establece que "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (…)*"; Que en el auto recurrido, al desconocer la causal de justificación de la inasistencia del recurrente a la audiencia preliminar, desconoce la posibilidad de proseguir y seguir actuando dentro de la presente causa, dejando de aplicar el art. 75 de la Constitución referente a la tutela judicial efectiva de sus derechos, pues es contradictorio que si se señala la existencia de un documento médico y la imposibilidad de asistir a la audiencia preliminar, y no darle validación legal, conlleve a la declaración del abandono de la causa y la imposibilidad de tener justicia contenciosa tributaria; Que en el presente caso es claro que en el auto recurrido no se aplica el art. 75 de la Constitución. Sobre la falta de motivación del auto, que conlleva la violación del art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución se argumenta que, la Carta Magna establece "*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas (…)*". Que los certificados médicos deben cumplir ciertos requisitos exigidos por el Ministerio de Salud Pública (MSP), a fin de que los mismos tengan validez, los cuales están publicados en su página web institucional. Que estos requerimientos de validez de los certificados médicos constan en el certificado adjuntado al proceso y por el cual se justifica la inasistencia de la parte actora como legitimado activo. Que existe una falta de motivación en el auto de mayoría, en razón de que se está violentando el principio de razonabilidad, puesto que los jueces pretenden establecer requisitos mayores o inexistentes de lo que ordena la norma técnica establecida por el MSP, por ende, el auto recurrido es inmotivado y, al fundamentarse solamente en criterios de los jueces sin sustento legal técnico, acarrea la falta de motivación exigida en la norma constitucional y legal. Que los jueces tenían la única obligación de verificar que el certificado médico, cumpla los requisitos legales para su aval, y como se verifica del documento, cumple con todos los requisitos, por ende, su aval es justificado. Que por todo lo expuesto se solicita casar el auto recurrido.

2.5 Contestación del recurso de casación.- La Administración Tributaria en la contestación al recurso interpuesto señala que respecto a la falta de aplicación del art. 30 del Código Civil, el argumento del recurrente radica en establecer que el Tribunal no tomó en consideración el certificado presentado por el actor que justifica caso fortuito,

consagrado en la norma que se acusa la falta de aplicación. Que lo que se observa es un desacuerdo con la valoración de un certificado que se puede catalogar como prueba que apoye sus aseveraciones, es decir, no existe fundamento que sustente los motivos por los que el Tribunal debía aplicar el art. 30 del Código Civil. Que el actor no llega a determinar que el sentir del auto de archivo hubiera sido otro si se hubiese tomado en cuenta la norma acusada; Que el Tribunal en el numeral "*2.1*" del auto, es claro en manifestar que no se puede evidenciar en el certificado algo sustancial (la fecha) para determinar si el caso fortuito (enfermedad) ocurrió el día que se fijó la audiencia, tampoco se justifica la ausencia de los abogados legitimados, tomando en cuenta que si uno de ellos se encontraba fuera del país, era pertinente la asistencia del otro abogado autorizado y así justificar en la audiencia la inasistencia del actor presentando el debido certificado médico, al no ocurrir esto, el Tribunal actuó conforme el art. 87 del COGEP, tal como se encuentra sustentado en el numeral "*2.3*" del auto. Que lo que pretende el actor es que la casación se convierta en una tercera instancia, cuestión que no cabe, pues el actor procura que se realice una nueva valoración de pruebas y se otorgue un valor trascendental a documentos que no han sido aportados como pruebas dentro del proceso. Que sobre la falta de aplicación del art. 75 de la Constitución, el argumento del recurrente radica en establecer que el Tribunal no ha observado lo consagrado respecto a la tutela judicial efectiva. Que el recurrente no fundamenta la incidencia del error en la decisión de la causa. Que el error acusado por el actor no es determinante en la resolución de la causa, pues la decisión no hubiese sido distinta. Que sobre la falta de motivación del auto, infringiendo el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, el argumento radica en establecer que el Tribunal no considera el certificado médico presentado por el actor para justificar su inasistencia. Que para acusar una sentencia de falta de motivación se debe verificar si la misma reúne tres requisitos, que son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad; Que en el recurso no se menciona qué requisito de los mencionados no cumple el auto recurrido, por lo tanto, no es posible analizar sus argumentos. Que de la lectura del auto, se llega a la conclusión de que el mismo se encuentra motivado, pues explica claramente los elementos fácticos y los asocia con la normativa aplicable para finalmente tomar una decisión conforme a derecho Por lo expuesto se solicita desechar el recurso interpuesto.

2.6 Audiencia.- La audiencia convocada se llevó a cabo el día 3 de diciembre del 2021, a las 10h00.- Comparecieron a la misma, por la parte recurrente el abogado José Carlos García Cevallos y el Sr. José Luis Burbano Iñiga en calidad de representante legal de la empresa recurrente y, por la contraparte, la abogada Dayuma Serrano Añasco en calidad de procuradora judicial del Servicio de Rentas Internas, quienes intervinieron debidamente autorizados en sus alegatos e hicieron uso de su derecho a la réplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma.-

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación interpuesto se fundamenta en los casos 2 y 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: "*Art. 268.- CASOS.- El recurso de casación procederá en los siguientes casos:* ***2.*** *Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. (…)* ***5.*** *Cuando haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto*".

3.2. El recurrente manifiesta en su recurso que se han violentado las siguientes normas:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

*"**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. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:* ***7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:* ***l)*** *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los*

actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

CÓDIGO CIVIL

*"**Art. 30.-** Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*

3.3 Análisis del caso 2 del art. 268 del COGEP:

3.3.1 El caso 2, se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que se configuraría de tres formas: Por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; por incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan resoluciones contradictorias o incompatibles y, por falta de motivación.

La motivación está entendida doctrinariamente como "*el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que constituye una garantía de justicia a la que se ha reconocido jerarquía constitucional"* (Fernando De la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavala, Editor, Buenos Aires, 1968, página 363); por lo que la falta de motivación se produciría por la carencia de esos razonamientos.

Para Oswaldo Alfredo Gozaini, en su obra "El Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2004, p. 428; la motivación, que no es otra cosa que *"…la progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental. No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado, o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto de mayor contenido en el principio del debido proceso"*.

De lo señalado es claro que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la *litis* del proceso.

3.3.2 En el presente caso, tenemos que el Tribunal de instancia, en el auto resolutorio señala que se convocó a audiencia preliminar mediante providencia de 15 de agosto de 2019, a las 15h31, fijando la misma para el 18 de noviembre de 2019 a las 14h30. Afirma que una vez instalada dicha audiencia en el día y hora señalados, la Secretaria del Tribunal certificó la no comparecencia de la representante legal de la compañía ANDEANTRADE actora en la presente causa, como tampoco compareció la defensa técnica asignada a los abogados Dr. Víctor Hugo Falconí Aguirre y Dr. Rafael Rodríguez Sáenz; por lo que, al no comparecer la actora a través de su representante legal, ni sus abogados como defensa técnica, dicha falta tuvo el efecto del abandono previsto en la disposición del numeral 1 del artículo 87 del COGEP. Los jueces A quo en el auto resolutivo señalan además que esa declaración de abandono es muy distinta a declarar el abandono del proceso, que se produce por la inacción de la parte por un término de ochenta días; ya que el abandono que dispone el art. 87, es por la inasistencia del actor, que impide desarrollar la audiencia, y, tiene los mismos efectos jurídicos que el abandono, sin que se deba confundir las causales del abandono.

Los jueces A quo, en el acápite SEGUNDO del auto recurrido señalan: "*En cuanto al escrito presentado por la parte actora, el 21 de noviembre de 2019, 16h07, en el cual solicita se señale nuevo día y hora para que se lleve a cabo la audiencia preliminar celebrada el 18 de noviembre de 2019, 14h30, por razones de salud de la representante legal y por ausencia del país de sus abogados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 y 77 del COGEP, atendiendo el mismo se considera: 2.1.- Corresponde puntualizar, que la audiencia tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2019 a las 14h30, y la petición de la actora fue presentada el día 21 de noviembre del 2019 a las 16h07, (tres días después de la audiencia), adjuntando un certificado médico de 18 de noviembre de 2019, sin que se indique en el mismo la hora en que fue ingresada a la clínica (mañana, tarde o noche), que permita al tribunal considerar el evento fuerza mayor; por tanto se desecha los argumento.* (sic) *2.2.- También señala la actora que su abogado defensor Rafael Edmundo Rodríguez Sáenz, se encontraba fuera el país, para lo cual adjunta copias simples del pasaporte, las cuales carecen de valor probatorio, ni que las mismas permitan establecer el tiempo que se encontraba fuera del país; lo cual no constituye impedimento, pues teniendo en cuenta que la defensa estaba integrada por dos profesionales del derecho, abogados Dr. Víctor Hugo Falconi Aguirre y Dr. Rafael Edmundo*

Rodríguez Sáenz; y como ya se indició, la audiencia fue señalada el 20 de agosto de 2019, para el 18 de noviembre de 2019, es decir, tanto la actora como la defensa técnica tuvo tiempo en demasía no solo para prevenir la supuesta imposibilidad de comparecencia, sino que la defensa se encuentra integrada por dos profesionales del derecho autorizados para intervenir en la causa, sin que ninguno de los profesionales hayan presentado petición alguna a éste tribunal que pongan en conocimiento del tribunal la imposibilidad de comparecencia, sino que presentan escrito luego de tres días de la audiencia. Por tanto se desechan los argumentos presentados por la actora, por no justificar debidamente la petición ni los sustentos permitan llevar al convencimiento que se trató de un caso de fuerza mayor, sino por el contrario de un descuido de la defensa".

Finalmente se detalla en el auto que la solicitud de nuevo señalamiento de día y hora, para la audiencia preliminar, no corresponde por haber precluído con la expedición del auto interlocutorio emitido por el Tribunal. Afirma que lo que corresponde para este tipo de autos, es la presentación de los recursos que la ley prevé; ya que pretender señalar nuevo día y hora sin considerar la existencia del auto interlocutorio, implicaría desconocer el procedimiento establecido en el COGEP, por ende violatorio al principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador.

3.3.3 Esta Sala evidencia que en el auto recurrido, no sólo se explican los hechos acaecidos, como la convocatoria a la audiencia preliminar, la falta de comparecencia de la parte accionante a dicha audiencia en los términos previstos por el COGEP, la certificación de la Secretaria y el auto interlocutorio emitido por los jueces de instancia; sino también, las normas en las que se sustenta para llegar a la conclusión de declarar el abandono. Asimismo se observa que analiza un escrito presentado tres días después de la fecha fijada para la realización de la audiencia preliminar, en el que la parte accionante pide se fije una nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, escrito al cual adjunta un certificado médico y, los jueces de instancia explican los motivos fácticos y jurídicos por los cuales consideran que no es posible atender favorablemente dicha petición.

La Corte Constitucional del Ecuador por su parte ha conceptualizado a la motivación de la siguiente forma: *"La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades públicas de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. No obstante, este requisito constitucional no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica; al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos. En ese sentido, una violación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la CRE ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: 1. La insuficiencia de motivación, cuando se incumplen alguno de los criterios que nacen de la propia Constitución como son la enunciación de las normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y 2. La inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión. En tal sentido, la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia."* (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1320-13-EP/20, de 20 de mayo del 2020);

3.3.4 En virtud del análisis que antecede esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, no evidencia que el auto resolutorio adolezca de motivación, pues existen las razones fácticas y jurídicas que sostienen la conclusión a la que llegó el tribunal A quo, por lo que no se configura el caso 2 del art. 268 del COGEP, denunciado por la casacionista, por tanto no se ha violentado el art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

3.4 Análisis del caso 5 del art. 268 del COGEP:

3.4.1 El caso 5, se refiere a la violación directa de la Ley, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se constituya se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido.

La falta de aplicación alegada por el recurrente, consiste en que: "…*el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica*…". (Murcia Ballén, Humberto,. 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá – Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., pág. 327);

3.4.2 Es pertinente iniciar el análisis respectivo, estableciendo cuales son los hechos probados en instancia: **i)** la audiencia fue convocada mediante

providencia de 15 de agosto de 2019, 15h31, para el 18 de noviembre de 2019, 14h30; **ii)** instalada la audiencia, la secretaria certificó que no compareció la representante legal de la compañía ANDEANTRADE ni sus defensas técnicas asignadas: abogados Dr. Víctor Hugo Falconí Aguirre y Dr. Rafael Rodríguez Sáenz; **iii)** La actora tres días después de la fecha en la que se instaló la audiencia preliminar, solicitó que se fije nuevo día y hora para la audiencia preliminar, para lo cual adjuntó un certificado médico de fecha 18 de noviembre de 2019; **iv)** adjunta al petitorio copia simple del pasaporte del abogado defensor Rafael Edmundo Rodríguez Sáenz, señalando que se encontraba fuera del país, **v)** la defensa de la parte accionante en instancia, estaba integrada por dos profesionales del derecho abogados Dr. Víctor Hugo Falconi Aguirre y Dr. Rafael Edmundo Rodríguez Sáenz; **vi)** ninguno de los profesionales presentó petición alguna al tribunal A quo antes de la audiencia preliminar para notificar imposibilidad de comparecencia; **vii)** no se presentó recurso alguno contra el auto de abandono notificado.

3.4.3 La compañía ANDEANTRADE S.A., señala que en el auto resolutivo existe falta de aplicación del art. 30 del Código Civil , que define lo que es la fuerza mayor o el caso fortuito, en virtud de que el Tribunal reconoce la existencia del certificado médico otorgado a favor de la representante legal de la compañía ANDEANTRADE, pero no reconoce la enfermedad establecida en el mismo; porque supuestamente no establece día, mes y hora de ingreso a la clínica.

3.4.4 Vistos los hechos probados en instancia, que no son controvertidos por las partes, tanto así que la parte accionante presentó una petición de nuevo señalamiento de día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, con lo que reconoció su inasistencia en el día y hora fijados, esta Sala señala lo siguiente: 1. Habiendo sido fijada la audiencia preliminar con una antelación de 3 meses, sin que exista escrito presentado al respecto de la comparecencia de la parte actora y de sus abogados para la fecha fijada, verificándose la ausencia de la parte accionante en instancia mediando la certificación de la secretaria del tribunal, los jueces se encontraban obligados a garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica y tutela judicial, considerando que son dos las partes involucradas en un litigio, por lo que aplicaron las normas previstas en el COGEP para la comparecencia a las audiencias, con lo cual se observa que su actuación fue apegada a derecho y esto consta como un hecho probado.

Una vez emitido y notificado el auto de abandono, habiendo transcurrido tres días desde su notificación, la parte accionante introduce un elemento nuevo al proceso, para intentar justificar su ausencia en la fecha de la audiencia preliminar, cuando ya los hechos se encontraban dados de la forma señalada, el derecho aplicado bajo esos hechos, existiendo un auto de abandono dentro del proceso, auto sobre el cual -como se afirma en el fallo-, no se presentó recurso alguno.

Bajo esta realidad, ahora dentro del recurso de casación, la parte recurrente aduce que los jueces de instancia no han aplicado el art. 30 del Código Civil ni el art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, pues debieron haber considerado el certificado médico como una situación de fuerza mayor y en virtud de ello, volver a convocar una audiencia preliminar.

De conformidad con la Primera Disposición Final del COGEP:" *En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del… Código Civil…*"

El COGEP regula la actividad procesal en todas las materias, con estricta observancia del debido proceso, así lo establece el art. 1 de la referida norma, y justamente la comparecencia a las audiencias en la forma determinada por el COGEP, es parte del debido proceso que debe observarse, por tanto bajo los hechos probados, no se evidencia que exista falta de aplicación del art. 30 del Código Civil, que más allá de ser una norma supletoria que no requiere ser utilizada dentro de este caso, no es una norma que regula el debido proceso, como sí lo son las normas que fueron aplicadas por los jueces de instancia en su tenor literal bajo los hechos probados.

La parte recurrente, pretende que esta Sala Especializada, a través de un recurso de casación que además está mal construido, desconozca normas vigentes del debido proceso que fueron debidamente aplicadas en instancia bajo los hechos probados, situación que no es posible.

Cabe señalar que la recurrente al fundamentar la falta de aplicación del art. 30 del Código Civil, también señala que los jueces de instancia no reconocen la enfermedad contenida en el certificado médico, lo cual denota confusión de la casacionista, pues al tribunal no le corresponde reconocer la enfermedad como tal, pues esa no es su

competencia; sí lo es el verificar que con el certificado oportunamente presentado, no quede duda alguna sobre el hecho superviniente, tanto en día y hora, que justifique la falta de comparecencia, relacionándolo siempre en conjunto con los hechos acaecidos procesalmente en el caso concreto, como se observa lo ha hecho el tribunal A quo.

El legislador sí contempló la ocurrencia de situaciones que impidan a las partes comparecer directamente a las audiencias y, por ello es que existen los arts. 41, 42 y el art. 86 del COGEP, precisamente para evitar este tipo de situaciones y precautelar el debido proceso. Normas estas que son conocidas por las partes procesales y alegar su desconocimiento no los exime de responsabilidad, pues la ley es conocida por todos.

El sistema jurídico ecuatoriano está construido sobre pilares fundamentales que deben ser respetados por quienes litigan y por quienes administran justicia, pues de otra manera, las normas no tendrían razón de ser y su aplicación quedaría en letra muerta. Los abogados tienen a su vez, la obligación de litigar con lealtad procesal; así como los juzgadores de aplicar y garantizar el cumplimiento de las leyes que rigen en un Estado de Derecho.

3.4.5 En virtud de lo expuesto tampoco se configura la falta de aplicación del art. 75 de la Constitución de la República, ya que en el caso en análisis no se ha vulnerado derecho alguno a la parte actora, al contrario se han aplicado las normas que regulan el debido proceso, atendiendo a su contenido y alcance; más allá de que la parte recurrente no ha señalado cuales son las razones por las cuales se debía aplicar esta norma, qué norma fue aplicada en su lugar y cuál es la incidencia de la aplicación del art. 75 señalado, en la decisión de la causa. Incluso aplicando esta norma, no se hubiera cambiado en absoluto la decisión de la causa, pues abonaría a la conclusión a la que llegó el tribunal de instancia.

3.4.6 En virtud del análisis que antecede se determina que en el auto resolutorio no se configura el vicio de falta de aplicación de los arts. 30 del Código Civil y 75 de la Constitución de la República del Ecuador, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

3.5 Esta Sala no puede dejar pasar por alto lo siguiente: i) Se observa del proceso de instancia que a fjs.362 obra el auto del Tribunal A quo expedido en la misma fecha en la que estuvo prevista la audiencia preliminar, a las 16h27, en el cual se señala: *"...se convocó a audiencia de preliminar para el día 18 de noviembre del 2019 14h30, a la misma que no compareció de forma alguna la parte actora ni su defensa técnica, conforme la certificación y razón de Secretaria del Tribunal, por lo que al ser la actora quien presentó la demandas, su inasistencia se entenderá como abandono de la acción, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 87 del Código Orgánico General del Proceso. Por lo que ante la falta de comparecencia de quien presentó la demanda (actora), lo que corresponde es declarar el abandono de la causa…, sin perjuicio que en el término de tres días la actora justifique la imposibilidad de su comparecencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del COGEP, caso contrario, cumplido el mismo se dictará el auto definitivo del abandono de la causa, con los efectos previstos en el artículo 87 del COGEP…*" (El subrayado corresponde a esta Sala Especializada); ii) Dicho procedimiento no se encuentra previsto en ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ergo, constituye una creación de los jueces de instancia sin sustento jurídico que atenta contra norma expresa (art. 87.1 COGEP), motivo por el cual se les llama severamente la atención.

4. RESOLUCIÓN

4.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve **NO CASAR** el auto resolutorio de mayoría de 4 de diciembre de 2019, a las 11h11, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2019-00165.

4.2 Actué la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. No. 352-UATH-2021-OQ de fecha 5 de abril del 2021.

4.3 Sin costas.

4.4 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) Dra. Rosana Morales Ordóñez JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL.

V

Juicio Nro. *11804-2019-00171*
Resolución Nro. *594-2021*
Fecha: *miércoles 8 de diciembre del 2021, las 11h15*

TEMA: Doble juzgamiento por los mismos hechos por parte de la administración tributaria.

ASUNTO

Ángel Enrique Ayala Benavides presenta una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando la resolución de sanción pecuniaria No. 11201933300248377 de 25 de febrero de 2019, en razón de que por un mismo requerimiento de información se le habrían iniciado dos procedimientos sancionadores por contravenciones tributarias.

El actor indica que en el primer procedimiento sancionador se lo acusó de no haber presentado la información solicitada, mismo que nunca fue resuelto, y que un segundo procedimiento se inició por haber presentado la información fuera del plazo establecido por la ley, en el que se lo sancionó con la multa de dos remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, existiendo dos trámites administrativos en su contra por los mismos hechos, por lo que solicita la nulidad de la resolución de sanción pecuniaria emitida en el segundo de ellos.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja expone que los hechos que ocasionaron los dos procedimientos sancionadores no fueron los mismos y que el Servicio de Rentas Internas demostró que el primero de ellos se encuentra archivado, lo que refleja que no existió doble juzgamiento en contra del actor, por lo que no se ha justificado que el contribuyente fue sancionado cuando ya existía con anterioridad otra sanción por los mismos hechos.

El órgano jurisdiccional agrega que la actuación de la administración tributaria es correcta, por cuanto el contribuyente incurrió en una contravención tributaria, al no haber cumplido cabalmente (oportunamente) lo solicitado a través del requerimiento de información, por consiguiente, rechaza la demanda propuesta.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11804-2019-00171

Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, miércoles 8 de diciembre del 2021, las 11h15.

VISTOS: El señor Ángel Enrique Ayala Benavides, interpone recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 27 de octubre del 2020, las 08h45, dentro del juicio de impugnación No.11804-2019-00171.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda

parte numeral 1 y numeral 2 del artículos 201 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 27 de octubre del 2020, las 08h45, resuelve rechazar la demanda propuesta por el señor ÁNGEL ENRIQUE AYALA BENAVIDEZ.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- Con fecha 16 de diciembre del 2020, las 14h18, Ángel Enrique Ayala Benavidez, interpone recurso de casación, mismo que es calificado, en auto de 18 de diciembre del 2020, las 11h45, en los términos del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos, para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso.

CUARTO: ADMISIÓN.- En auto de 24 de marzo del 2021, las 09h22, el Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita, en su calidad de Conjuez de esta Sala declaró la admisibilidad del recurso de casación propuesto, admitiendo: **a)** el **caso segundo** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de **falta motivación** por falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República Ecuador y 89 del Código Orgánico General de Procesos; y, **b)** el **caso quinto** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de errónea interpretación del artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República.

QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- El Econ. Stalin de Jesús Calva Rodríguez en calidad de Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas en escrito de 17 de agosto del 2021, 13h16, en el que considera que debe rechazarse el recurso de casación.

SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa realizado el 12 de noviembre del 2021, las 16h11, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Gilda Rosana Morales Ordoñez, Jueza Nacional y José Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente en la causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero del 2021 el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalada con la acción de personal No. 166UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara el proceso válido.

OCTAVO: AUDIENCIA.- Mediante providencia del 22 de noviembre del 2021, las 15h32, se convocó a las partes procesales para la audiencia de sustentación del recurso de casación para el día lunes 29 de noviembre del 2021, las 14h45, en la que participaron por una parte, el señor Angel Ayala Benavides, acompañado de su abogado patrocinador, el doctor Galo Arrobo Rodríguez ; y, por otra, el abogado Claudio Renato Galarza Viera en calidad de procurador fiscal del Economista Stalin de Jesús Calva Rodríguez, Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas quienes intervinieron argumentando en defensa de los intereses de sus representados, en los términos que obran de la grabación de la audiencia que se agrega en formato digital al proceso; se suspende la audiencia para ser reinstalada el viernes 3 de diciembre, a las 09h40, para dar a conocer en forma oral la decisión adoptada sobre el recurso.

NOVENO: ERRORES ALEGADOS.- La recurrente consideran que el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 27 de octubre del 2020, las 08h45, incurre en: **a)** el **caso segundo** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de **falta motivación** y falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República Ecuador y 89 del Código Orgánico General

de Procesos, **b)** el **caso quinto** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de errónea interpretación del artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República.

DÉCIMO: NORMAS SEÑALADAS COMO INFRINGIDAS.- Las normas que el recurrente considera infringidas son: ***a)*** **Constitución de la República del Ecuador:** ***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: (…)* ***i)*** *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia… (…)* ***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.* **b)** Código Orgánico General de Procesos: Art. 89.- ***"Motivación.*** *Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación."* ***Art. 267: "Fundamentación.*** *El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente: (…) 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido."*

DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DE LOS CASOS SEGUNDO Y QUINTO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- a) Caso segundo *"2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*[1] **b) Caso quinto** *"5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*[2]

DÉCIMO SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS ACUSADOS.- a) El casacionista fundamenta su recurso de casación respecto del **caso segundo** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de **falta motivación** que habría provocado la falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República Ecuador y 89 del Código Orgánico General de Procesos, para lo que transcribe el considerando 8.3. del fallo recurrido para proceder a destacar dos criterios medulares expuestos por el Tribunal de instancia que se emiten en función a aspectos o hechos contradictorios o incompatibles señalados por el propio Tribunal con relación a cada uno de estos dos criterios y que por ende deviene en que no exista (en esos dos criterios) hechos concretos o claros que se subsuman o que encajen en las normas jurídicas invocadas y aplicadas por el propio Tribunal, de la siguiente forma: a) Por una parte se señala que *"en efecto existieron simultáneamente dos procedimientos relacionados con el mismo requerimiento de información" y por otra parte, en franca incompatibilidad a lo expuesto, "no puede hablarse de doble juzgamiento, debido a que los sumarios se iniciaron por hechos diferentes" y b) Por una parte señala "un actuar incorrecto de la institución demandada principalmente por no haber notificado al contribuyente con el informe de cierre y por la falta de pronunciamiento sobre el primer procedimiento" y por otra parte, sin considerar ese decisorio hecho, que "la administración ha demostrado que el primer procedimiento se encuentra cerrado, lo que obviamente refleja que no existió doble juzgamiento como lo sostiene la parte actora."* En consecuencia, los hechos relevantes establecidos por el Tribunal para llegar a la resolución que llegó, no se encuentran debidamente motivados en cuanto se producen o establecen a partir

[1] Ecuador. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015 - Última modificación 26 de junio de 2019, Código Orgánico General de Procesos: artículo 268 numeral 2.
[2] Ibíd. numeral 5.

de incompatibles consideraciones del propio Tribunal, es evidente que no existen hechos ciertos o certeros para, como dejó dicho, establecer en función a ellos la inequívoca pertinencia de las normas jurídicas que definan como compatibles y motivados los razonamientos del Tribunal en su fallo que recurro. Pues la parte actora y actual recurrente alegó expresamente que la supuesta infracción materia de la resolución sancionatoria impugnada no es una contravención como la califica la administración tributaria; y en función a tal alegación el Tribunal de instancia ha resuelto que es correcta la actuación del SRI al considerar que el compareciente "ha incurrido en una contravención tributaria por no haber cumplido cabalmente lo solicitado por el SRI en el requerimiento de información" y más adelante califica el propio Tribunal de instancia como sanción debidamente sustentada porque es contravención "el incumplimiento de deberes formales." Evidentemente no existe explicación o motivación por parte del Tribunal de instancia para ratificar que la calificación de contravención a la conducta de presentar tardíamente información es efectivamente tan y solo para llegar a tal conclusión, el Tribunal de instancia sostiene que se ha generado una contravención "por no haber cumplido cabalmente lo solicitado por el SRI en requerimiento de información" es decir por existir un incumplimiento de los deberes formales". El Tribunal A quo en su fallo deja en evidencia que a partir del reconocimiento de una doble juzgamiento al compareciente, expresamente establece que ocurrió, para la administración tributaria es contravención no presentar la información requerida y también es contravención presentar la información requerida pero tardíamente y no obstante, sin motivación precisa, coincide con la administración tributaria en que es contravención la conducta de la sanción recurrida; cuando sí que resulta insostenible que sea contravención no presentar información y que también contravención presentar tardíamente la información. De la revisión que el Tribunal realiza al Instructivo para la Aplicación de Sanciones Pecuniarias que, conforme alegué en mi demanda y se ratifica de la simple lectura de la resolución impugnada es simplemente señalado de forma referencial y sin el análisis que al respecto realiza el Tribunal de instancia el mismo Tribunal llega a conclusión que es procedente la imposición como multa de las dos remuneraciones básicas unificadas pues tal multa corresponde, concluye el Tribunal "a las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, que es el caso del señor ANGEL ENRIQUE AYALA BENAVIDES." Criterio del Tribunal de instancia que imputa la obligación al actor de llevar contabilidad lo que no se soporta en hecho alguno ni de la propia resolución impugnada ni del proceso de forma que no tiene asidero tal hecho imputado por el Tribunal y de esta forma el mismo no explica cuál es la fuente para haber llegado a tal determinante conclusión. No está por demás advertir que no ha sido materia de la litis ese hecho de ser obligado el compareciente a llevar contabilidad que el Tribunal de instancia lo establece como cierto o evidente. Considera el casacionista que ha demostrado que la sentencia del Tribunal A quo para arribar a tales inmotivadas conclusiones no se explica o no se motiva sustanciales antecedentes de hecho para la respectiva correlación de los mismos con las normas o principios jurídicos que invoca el propio Tribunal. Finalmente aduce el recurrente que el Tribunal de instancia no explicó sus inmotivados asertos que he dejado expresamente señalados; y al no explicar el Tribunal en su sentencia recurrida para resolver el rechazo a mi demanda, lo que dejo alegado en este cargo, tal asunto conlleva el hecho que éste ha incumplido su obligación constitucional de motivar su fallo por lo expuesto la sentencia no se encuentra debidamente motivado. **b)** El recurrente arguye respecto del **caso quinto** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de errónea interpretación del artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República para lo cual transcribe parte del considerando 8 del fallo impugnado en los siguientes términos: "Los principales argumentos de la parte actora radican en los siguientes aspectos: 1.- Que en relación al mismo requerimiento de información No. DZ7-GCEORIC18-00000096-M de fecha 30 de noviembre de 2018, se lo notificó con dos juzgamientos, en los casos por una misma presunta contravención tributaria. (…)8.2. (…) De los hechos probados se desprende que el Servicio de Rentas Internas formuló el requerimiento de información No. DZ7-GCEORIC18-00000096-M de 30 de noviembre de 2018, al contribuyente Ángel Enrique Ayala Benavides (…) Se ha establecido también que el Servicio de Rentas Internas inició dos sumarios administrativos en contra del contribuyente y hoy actor en esta causa, el primero signado con el No. DZ7-GCEOITC-19-00000001-M, de fecha 03 de enero del 2019, por no haber presentado la información solicitada;

en el requerimiento de información se dice textualmente; "LO QUE CONSTITUYE CONTRAVENCIÓN DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO INISO DEL ARTÍUCLO 315 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 96 IBIDEM" El segundo sumario iniciado con oficio No. DZ7-GCEOITC19-00000002-M de fecha 22 de enero de 2019, por haber presentado información fuera del plazo establecido, se lee literalmente: "LO QUE COSNTITUYE CONTRAVENCIÓN DE CONFROMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO INCIISO DEL ARTÍUCLO 315 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO Y LOS CONSIDERANDOS DEL PRESENTE OFICIO DE INICIO SUMARIO." En segundo término menciona el recurrente que en el considerando 8.3 el Tribunal concluye que "No se ha demostrado que el contribuyente Ángel Enrique Ayala Benavides haya sido sancionado cuando ya existía con anterioridad la sanción sobre los mismos hechos." Por lo que, el casacionista considera que el Tribunal de instancia no podía el compareciente ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia con independencia de si ambos juzgamientos concluyen o no con sanciones. Está probado y reconocido por el Tribunal de instancia que sí existió más de una vez juzgamiento al compareciente (dos juzgamientos realmente) por la misma causa y materia (el Tribunal establece que "en efecto existieron simultáneamente dos procedimientos relacionados con el mismo requerimiento de información) y que, inclusive, en ambos casos se calificó por parte del propio SRI como "contravenciones" a las dos conductas derivadas de dicho requerimiento de información. El Tribunal de instancia interpreta entonces erróneamente la norma materia de este cargo con relación a que la prohibición de más de un juzgamiento debe ser entendida como la prohibición de más de una sanción; cuando, la norma es absolutamente clara en cuanto a que tal prohibición se verifica precisamente cuando existe más de un juzgamiento como ocurrió en el caso materia de este proceso judicial.

DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DE LOS VICIOS ALEGADOS.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en los casos segundo y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, admitido por el señor Conjuez de la Sala, se procederá a analizar de manera prioritaria el relacionado con la falta de motivación, por los efectos que produciría en la sentencia, de configurarse el vicio; para lo cual se considera:

13.1. Caso segundo.- i. Falta de motivación: la motivación consiste en una *"(…) operación mental del juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles ser incluidos en la redacción de la resolución, por gozar de una adecuada justificación jurídica."*. Fernando de la Rúa define la motivación de la sentencia como *"(…) el elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y derecho en los cuales el juez apoya su decisión."*.[3] **ii**. En la presente causa, el recurrente cuestiona el fallo de instancia con sustento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP, porque considera que en la sentencia se habría producido la falta de aplicación del artículo 76, 7, l) de la Constitución de la República pues el Tribunal de instancia imputa la obligación al actor de llevar contabilidad, lo que no se soporta en hecho alguno ni de la propia resolución impugnada ni del proceso, pues no explica cuál es la fuente para haber llegado a tal determinante conclusión; **iii**. Analizado el fallo cuestionado, se encuentra que en el mismo se realiza el análisis correspondiente, a partir de la determinación del objeto de la controversia, la relación de los hechos probados que considera relevantes, la motivación, en la que realiza la confrontación de los hechos, con la normativa aplicable, con lo que llega a determinar que en el presente caso, no existe doble sanción, porque se trata de dos infracciones diferentes; sin embargo, al justificar la imposición de la sanción lo hace en función del Instructivo para la Aplicación de Sanciones Pecuniarias y su reforma que establece la cuantía de la multa para personas naturales y jurídicas que no entreguen información requerida por el SRI, señalando que corresponde "*…a las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, que es el caso del señor ANGEL*

[3] Fernando de la Rúa, Proceso y Justicia, (Buenos Aires: Editores Asociados, 1980), 82.

ENRIQUE AYALA BENAVIDES, la multa de 2 Remuneraciones Básicas Unificadas, por no entregar información dentro del plazo otorgado para el efecto.", lo cual resulta contradictorio con lo expuesto en el mismo considerando, que por una parte no se concluyó el primer procedimiento sancionatorio que había instaurado la Administración Tributaria por no entregar información, pero que no ha generado resolución, y por otra que se le sanciona por no entregar información, cuando el segundo procedimiento sancionatorio es por entrega tardía de información, contradicción evidente que configura la falta de motivación alegada; **iv.** Evidenciado como está el equívoco en el que incurre el Tribunal juzgador, se acepta el cuestionamiento fundado en el caso segundo del artículo 268 y se declara la nulidad de la sentencia.

13.2. Caso quinto.- Errónea interpretación: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia por falta de motivación, resulta innecesario analizar y resolver el vicio alegado con sustento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP.

DÉCIMO CUARTO.- SENTENCIA DE MÉRITO.- El accionante cuestiona la sanción impuesta por la Administración Tributaria, por considerar que se ha producido doble juzgamiento por una misma causa y porque se sanciona con una contravención cuando la conducta es una falta reglamentaria; la Sala para resolver, considera: **i.** Que el señor Ángel Enrique Ayala Benavides estableció como pretensión de su demanda la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 11201933300248377, que lo conminaba a una sanción pecuniaria. (fs. 22 a 25 del expediente de instancia) **ii.** El procurador judicial del Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas, en el escrito de contestación a la demanda anunció como prueba de su parte: **a)** el expediente administrativo del que devino la Resolución de Sanción Pecuniaria No. 11201933300248377 de 25 de febrero del 2019 suscrito por la Directora Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas, **b)** las copias certificadas de los oficio del inicio del sumario No. DZ7-GCEOITC19-00000002-M de 22 de enero de 2019 y No. DZ7-GCEOITC19-00000001-M de 03 de enero del 2019, este último como prueba anunciada por la parte actora, al igual que **c)** el informe de cierre No. DZ7-GCEICRI19-00000014-M suscritos por las economistas María Teresa Loaiza y María Dolores Cueva, y, **d)** copia del requerimiento de información No. DZ7-GCEORIC18-00000096-M de 30 de noviembre del 2018, suscrito por el Delegado del Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas. **iii.** Siendo el estado de la causa, estos juzgadores proceden a resolver la controversia planteada siendo necesario tener en cuenta que el primer sumario cuyo oficio de inicio es el No. DZ7-GCEOITC19-00000001-M de 03 de enero del 2019 establece como contravención el no presentar información a la autoridad competente trasgrediendo lo dispuesto en el art. 96.3 del Código Tributario. En tanto que el segundo sumario cuyo oficio de inicio es el No. DZ7-GCEOITC19-00000002-M de 22 de enero del 2019, en el que sancionan al contribuyente por presentar de manera extemporánea la información solicitada por la Administración Tributaria con sustento en lo dispuesto en el numeral 9 del art. 2 y 20 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, por lo que lo sanciona de conformidad a la contravención establecida en el art. 315 inciso segundo del Código Tributario. Lo que ha permitido evidenciar que el oficio de requerimiento de la información No. DZ7-GCEORIC18-00000096-M fue notificado el 30 de noviembre del 2018, que le otorgaron el plazo de 10 días para presentar información por lo que al no entregarla dentro del término le inician el primer sumario, esto por no entregar la información requerida por la Autoridad Tributaria y el segundo sumario esto es, por entregar la información fuera del término requerido por la autoridad de tal forma que el primer sumario es por una contravención en tanto que el segundo es por una falta reglamentaria, razón por la que, no procede la declaratoria de doble juzgamiento puesto que se tratan de dos infracciones distintas.

DÉCIMO QUINTA DECISIÓN.- Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve **CASA** la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 27 de octubre del 2020, las 08h45, por falta de motivación y emite sentencia de mérito en los términos constantes en el considerando DECIMO CUARTO de esta sentencia.- Sin costas.- **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-**

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *17510-2019-00160*
Resolución Nro. *603-2021*
Fecha: *viernes10 de diciembre del 2021, las 10h23*

TEMA: La compensación de obligaciones como hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas.

ASUNTO

Aseguradora del Sur C. A. presenta una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando el acta de determinación No. 17201924900103406, emitida el 28 de enero de 2019, por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas del año 2015, a través de la cual se establece un valor a pagar de USD $ 694.855,97, más el 20% de recargo.

El fundamento de la demanda consiste en que la empresa actora realiza liquidaciones de cuentas contables con reaseguradoras en el exterior, por las operaciones de riesgo que mantiene con aquellas por mandato legal, extinguiendo así obligaciones mutuas, lo cual no configura el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, al no existir ninguna transacción monetaria realizada hacia el exterior. Por su parte, el Servicio de Rentas Internas sostiene que Aseguradora del Sur C. A. efectuó compensaciones de cuentas por cobrar con cuentas por pagar con reaseguradoras en el exterior, realizando por tanto el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito considera que las liquidaciones realizadas entre cuentas por pagar y cuentas por cobrar por la empresa en el año 2015 constituyen compensaciones, al extinguirse obligaciones de la aseguradora con sus reaseguradoras.

A partir de ello, el órgano jurisdiccional sostiene que solo la trasferencia o traslado de divisas consiste en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, siendo el pago una de las formas a través de las cuales se realiza, de conformidad con el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; mas no la compensación, como modo de extinguir obligaciones, que no está expresamente prevista en dicha norma legal.

El tribunal manifiesta que considerar a la compensación como hecho generador de este tributo sería efectuar una interpretación extensiva de la disposición, concluyendo que el acto administrativo emitido por el Servicio de Rentas Internas carece de motivación. En tal virtud, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito acepta la demanda presentada por la compañía Aseguradora del Sur C. A. y declara la nulidad del acta de determinación No. 17201924900103406, expedida el 28 de enero de 2019 por la administración tributaria.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2019-00160

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito, viernes 10 de diciembre del 2021, las 10h23.

VISTOS: La abogada Katy Vega Armijos, procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019, las 16h16, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio No. 17510-2019-00160, propuesto por la compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A. a través de su representante legal señor Rodrigo Neptalí Fernando Cevallos Breilh, en la que se resuelve aceptar la demanda y declarar la nulidad del acta de determinación No. 17201924900103406 emitida el 28 de enero de 2019.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 184 y 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- En virtud del sorteo de la causa No. 17510-2019-00160, realizado el 19 de noviembre de 2020, a las 17h51, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores: Fernando Antonio Cohn Zurita, José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela. Actualmente la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, está integrada por los doctores José Dionicio Suing Nagua, Gilda Rosana Morales Ordóñez (en calidad de Jueces Nacionales) y Gustavo Adolfo Durango Vela (Juez Nacional encargado) ponente de esta causa. Mediante Resolución Nro. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante oficio Nro. 635-SG-CNJ, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ratificado mediante oficio Nro. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero de 2021, dictado por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y avalado con Acción de Personal No. 166-UATH-2021-NB de 19 de febrero de 2021.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- Con escrito de 20 de enero de 2020 (fs. 1943 a 1962), la abogada Katy Vega Armijos procuradora fiscal del Director Zonal 9 del servicio de Rentas Internas, presenta recurso extraordinario de casación; el cual es calificado por el Tribunal de instancia de oportuno, que cumple los requisitos de ley y dispone subir los autos al superior mediante auto del 28 de enero de 2020, las 16h16, cumpliendo lo señalado en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y remite el proceso a esta Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ERRORES ALEGADOS Y ADMITIDOS.- Mediante auto de 18 de mayo del 2020, las 08h14, dictado por el doctor Paul Alejandro Rengel Maldonado, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, se admite el recurso de casación interpuesto, con fundamento en los **casos 2, 3 y 5** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Por el **caso 2** porque la sentencia **no cumple con el requisito de motivación**, infringiendo los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 89 y 90 del Código

Orgánico General de Procesos. Por el **caso 3** por cuanto en la sentencia **se resuelve lo que no fue materia de litigio** (vicio de extra-petita), infringiendo los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador, 313 del Código Orgánico General de Procesos y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Y por el **caso 5**, denuncia la **errónea interpretación** del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente para el ejercicio fiscal 2015, **falta de aplicación** del art. 17 del Código Tributario, **aplicación indebida** de los artículos 1583 numeral 1 y 1584 del Código Civil, y **falta de aplicación del artículo** 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente para el ejercicio fiscal 2015.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL. - De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, como así lo manifestaron los procuradores judiciales de las partes en la audiencia de casación, por lo que declara la plena validez del mismo.

A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

Providencia de jueves 2 de diciembre de 2021, las 15h37, dictada por el Juez Nacional Ponente en la que se convoca a las partes a audiencia de casación en vía telemática para el día jueves 9 de diciembre de 22021, a las 11h00, misma que efectivamente se realizó, y en la cual fueron escuchadas las partes procesales a través de sus procuradores judiciales; por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, la abogada Katy Vega Armijos; y, por la parte actora compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A., los doctores Paulina Guerra Jahya y Santiago Muñoz Orellana, quienes intervinieron con sus alegatos debidamente autorizados e hicieron uso de su derecho a la réplica y contrarréplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma.

Suspendida que fue la audiencia, la Sala entra a deliberar y se desconecta de audio y video; al cabo de varios minutos anuncia que se ha llegado a una decisión unánime, la que fue expuesta oralmente por el Juez ponente, se cumple con la notificación por escrito conforme lo dispone la ley.

SEXTO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS SEÑALADOS.- 6.1. Sobre el **caso 2** del artículo 268 del COGEP, el recurrente señala que la sentencia carece de motivación particularmente en el considerando OCTAVO, pues afirma que *"la Sala luego de analizar la motivación escogida por la Administración y considerar que, las compensaciones no configuran el hecho generador de Impuesto a la Salida de Divisas (supuesta interpretación extensiva) declaro nulo el acto impugnado…"* Señala que la sentencia carece de lógica jurídica, pues la conclusión de nulidad a la que llega el Tribunal *"no responde a la línea de pensamiento que figura en la sentencia "debida motivación" ni tampoco con la premisa mayor y menor que figuran en la propia sentencia redactada; en tal sentido, no existe lógica en la conexión de las tres premisas fundamentales en el silogismo porque no existe la debida comprensión que permita entender las razones que motivaron al Tribunal a determinar como conclusión a la nulidad cuando su razonamiento marcó un camino de análisis de legitimidad del acto, ni tampoco el punto de distinguir si se trata de dos silogismos o uno mismo..."* En la afirmación efectuada, se hace evidente la infracción denunciada cuando: *"la Sala A-quo determina dos normas que a su criterio configurarían el análisis de un solo silogismo. De tal suerte que, en la premisa mayor de la cita transcrita de la sentencia se refiere a los arts. 76, numeral 7 literal k) de la Constitución de la República del Ecuador (competencia del juzgador) y 82 del Código Tributario (legitimidad de los actos administrativos), en el mismo orden. No determina el presupuesto legal que traiga aparejada la nulidad como consecuencia."*

6.2. En lo que se refiere al **caso 3,** la administración tributaria recurrente asevera que el Tribunal incurrió en un vicio de extra petita, pues *"…la traba de la Litis se configuró con la pretensión del actor, esto es la impugnación del acta de determinación No. 17201924900103406 por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas ISD del periodo fiscal enero a diciembre de 2015 por cuanto, a su entender, realizó una liquidación de cuentas con sus reaseguradoras; y, por su cuenta la Administración Tributaria defendió el acto materia de impugnación en el que, conforme fundamentación expuesta, la compensación es considerado como pago de cualquier naturaleza, lo que configura el hecho generador del impuesto de Salida de Divisas."* En ese sentido, la casacionista afirma que, *"el litigio se refiere analizar si es que la liquidación de cuentas –terminología empleada por la parte actora- se encontraba o no incluida como parte del hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas. La parte actora, conforme consta de las citas transcritas de la sentencia delimita el análisis únicamente a*

la figura antes mencionada y no a la de compensación, distinción que repito lo hace la propia actora del proceso; en otras palabras, la fundamentación de la impugnación –objeto controvertido- se refirió exclusivamente a la figura de la liquidación de cuentas y no a la compensación como parte del elemento "pagos de cualquier naturaleza" previsto en la norma relativa al hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas" Sin embargo, refiere que el Juzgador resolvió lo que no era sometido a controversia; pues *"en un primer momento descartó la figura alegada por la empresa actora –liquidación de cuentas- en razón de su propia prueba pericial, pero en lugar de detenerse en el análisis lo que hizo fue analizar a la compensación como elemento constitutivo del hecho generador del ISD, aun cuando repito no se encontraba en discusión."*

6.3. En lo que se refiere al **caso 5**, alega: **6.3.1. Errónea interpretación** del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente al ejercicio fiscal 2015; ya que la *"Sala A quo restringe el sentido de la norma invocada al considerar que la transferencia o traslado de divisas puede realizarse en efectivo, cheques, envíos retiros o pagos aun cuando la misma señala con meridiana claridad que se refieren a pagos de cualquier naturaleza."* Yerro de interpretación que se extiende *"al punto de considerar que, el pago efectivo como mecanismo de extinción sea visto como una forma prevista en la norma para la transferencia o traslado de divisas y no la compensación al considerar que se trate de un modo de extinción de obligaciones no contemplado expresamente en el articulado y que no responde a una forma de pago; aun cando esta última es entendida como un pago abreviado que comporta por su propia naturaleza una trasferencia o traslado de divisas."* (Resaltado del recurrente) **6.3.2. Falta de aplicación** del art. 17 del Código Tributario, por cuanto *"…la Sala de debía considerar al momento de resolver, que el presente caso amerita en su resolución la calificación del hecho generador del ISD conforme aparece en la motivación del acto impugnado, y que fue realizada en atención del artículo 17 del Código Tributario…"* con el alcance en referencia a la esencia de las operaciones ya que para comprobar la ocultación de la verdad, *"sino también para realizar una correcta apreciación de las transacciones económicas"* establece que el Tribunal A-quo llega a la conclusión de que *"la compensación no constituye el hecho generador del ISD al considerar que el pago y la compensación tienen un tratamiento jurídico diferente, en razón de lo dispuesto en los arts. 1583 núm. 1 y 1584 del Código Civil…"*en razón de ello, afirma que la falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario conllevo a la indebida aplicación de los arts. 1583 y 1584 del Código Civil, que se constituye en el siguiente vicio alegado. **6.3.3. Indebida Aplicación** de los arts. 1583 y 1584 del Código Civil, infracción que se desprende la sentencia por cuantos las referidas normas establecen los modos de extinguir las obligaciones, entre las que se encuentran el pago y la compensación, *"no obstante para establecer si las compensaciones realizadas por la parte actora con sus aseguradoras del exterior se encontraban o no gravadas con el ISD era necesario analizar la esencia económica de las transacciones. Es decir, analizar la esencia de las compensaciones, esencia que no se encuentra establecida ni permite ser analizada por las normas civiles referidas, pues estas únicamente tratan de los modos de extinguir las obligaciones (pago efectivo) (…) normas que se restringen a la visión civilista del pago (…) y no se adaptan a la realidad tributaria, considerando que se trata de una rama autónoma que utiliza a la primera como norma subsidiaria; lo que no resultaba necesario si se hubiera analizado desde la esencia económica.* **6.3.4 Falta de Aplicación** del art. 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente para el 2015, puesto que en el Suplemento de Registro Oficial No, 405 de 29 de diciembre de 2014, la referida norma fue reformada mediante la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención de Fraude Fiscal, de cuyo texto se desprende que como parte de la base imponible sea considerado *"en general cualquier otro mecanismo de extinción de la obligación cuando estas operaciones se realicen hacia el exterior" o que permite con meridiana claridad advertir cuáles son los elementos de la base imponible a los que debe aplicarse la tarifa de Impuesto a la Salida de Divisas.*

SÉPTIMO: ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO.- La compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A. por intermedio de su defensa técnica en la contestación al recurso de casación y en la audiencia convocada para conocer la causa, procede a desechar cada una de las infracciones alegadas y solicita se sirvan negar el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas y en consecuencia se ratifique la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario.

OCTAVO: CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PARA SU DECISIÓN. - 8.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.- El presente recurso se funda en los casos 2, 3 y 5 del Art. 268 del COGEP que establecen:

"Art. 268.- Casos. *"(…) 2. Cuando la sentencia o*

auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia. (…) 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."

8.2.- CASO 2 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP.- Corresponde a esta Sala de Casación resolver sobre la alegada falta de motivación en la decisión del Tribunal de instancia y admitida por el Conjuez, la que de configurarse, tiene el efecto de producir la nulidad del fallo, al tenor de lo ordenado en la normativa relativa al planteamiento del problema jurídico; en este contexto, las normas de derecho que el recurrente considera infringidas son:

Constitución de la República del Ecuador

*"**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación sin 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".*

Código Orgánico General de Procesos

*"**Art. 89.- Motivación.** Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación."*

*"**Art. 90.- Contenido general de sentencias y autos.** Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: (…)5. La motivación de su decisión; 6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena."*

8.2.1.- Alcance doctrinario del error al amparo del caso segundo.- El caso 2 se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que podría configurarse de tres formas: 1) por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto, 2) por incongruencia en la parte dispositiva del fallo en cuanto se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles; y, 3) cuando la sentencia no cumpla con el requisito constitucional y legal de la debida motivación.

8.2.2. En lo que respecta al vicio de motivación, muchos y diversos autores se han referido a este elemental principio procesal, en tal sentido, la autora Gladis E. de Midón, en su obra "La Casación Control del Juicio de Hecho", (Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires -Argentina, 2001, p. 20), manifiesta que:

"Para alcanzar sus fines garantistas es inevitable que la motivación sea autosuficiente, en el sentido de abastecerse, expresando no sólo las conclusiones decisivas sino, fundamentalmente, las razones en que tales conclusiones se basan. No basta pues, como bien dice Carrió, que la sentencia tenga fundamentos, porque es preciso que éstos estén a su vez fundados. Sin esa básica motivación no es posible hablar en lenguaje constitucional de sentencia, pues huérfana de razonados fundamentos no hay nada, añadirá Morello, que en un acto de voluntad inepto de por si para constituirse en fuente jurígena de derechos".

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, en el libro "La Casación Civil en el Ecuador", Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, p. 138, considera que:

"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una ga-

rantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación".

Para Oswaldo Alfredo Gozaini, en su obra "El Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2004, p. 428; la motivación, que no es otra cosa que:

"…la progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental. No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado, o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto de mayor contenido en el principio del debido proceso".

Es claro entonces, que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la *litis* del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas.

8.2.3. En cuanto al vicio de falta de motivación, con sustento en los Arts. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; 89 y 90 del Código Orgánico General de Procesos, es necesario hacer el análisis de la estructura misma de la sentencia, pasando por los hechos en disputa, las normas jurídicas que aplica y la decisión a la que llega; en cuanto al objeto controvertido, el Tribunal lo fija, según el considerando SEXTO (fs. 1929 vta. del expediente), en: *"Establecer si es procedente la impugnación del actor, de dejar sin efecto el acta de determinación nro. 17201924900103406 emitida el 28 de enero de 2019 por el director zonal 9 del Servicio de Rentas Internas mediante la cual se determinó diferencias por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas del ejercicio fiscal 2015, al considerar que no se configura el hecho generador de dicho tributo por cuanto realizó una liquidación de cuentas con sus reaseguradoras, y no una compensación de cuentas por cobrar con cuentas por pagar, como lo sostiene el demandado, teniendo en cuenta la normativa aplicable"*

8.2.4. El Tribunal de instancia, en el considerando OCTAVO de su sentencia bajo el título de "motivación" señala: **i)** Se notificó el 28 de diciembre de 2017 con la orden de determinación tributaria al contribuyente, que concluyó con la emisión del acta de determinación Nro. 17201924900103406 por concepto de impuesto de salida de divisas, emitida por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas notificado el 18 de enero de 2019 que ratifica el establecimiento de diferencias por el ISD del ejercicio 2015; **ii)** Establece como hechos no controvertidos que *"la actora contablemente liquidó la cuenta nro. 5.2.03.02 "Comisiones recibidas por reaseguros cedidos del exterior" (cuenta acreedora) con la cuenta 2.2.01.02 "Primas por pagar reaseguros cedidos compañías del exterior" (cuenta deudora), lo cual inclusive se corrobora con el informe del perito ingeniero Daniel Salazar practicado en la audiencia de juicio (fojas 1.776 a 1.801), respecto de lo cual, el demandado sostiene que aquello comporta "compensaciones" efectuadas entre la empresa y sus reaseguradoras, ante lo cual, este Tribunal considera que, dichos registros contables efectúa la empresa conforme a la normativa y regulaciones emitidas por la Superintendencia de Bancos -lo cual no ha sido objetado por el demandado-; sin embargo, para efectos tributarios dichas "liquidaciones" entre cuentas por pagar con cuentas por cobrar efectuadas por la empresa en el ejercicio 2015, constituyen compensaciones al extinguirse obligaciones entre la empresa actora con sus reaseguradoras, al configurarse los presupuestos establecidos en los artículos 1671, 1672 y 1673 del Código Civil*"; **iii)** A partir del objeto de la litis y de los hechos no controvertidos, fija su estudio en el hecho generador del ISD y en el nacimiento y evolución del ordenamiento jurídico de este impuesto, señalan que el texto se ha mantenido en el tiempo y en consecuencia prima la concepción doctrinaria del principio tributario de reserva de ley y la garantía constitucional de seguridad jurídica; **iv)** Con esta consideración, el Tribunal de instancia establece que, el hecho generador de ISD constituye la transferencia o traslado de divisas que puede realizarse a través de varias formas: en efectivo, a través de cheques, envíos, retiros o pagos; **v)** Se refiere al "pago" bajo la concepción del art. 37

del Código Tributario en armonía con los arts. 18 numeral 2 y 1583 numeral 1 del Código Civil, esto es como una forma de extinguir las obligaciones, aclarando que si bien las demás son formas que tiene un mismo fin, son independientes unas de otras y que no pueden ser asimiladas entre sí por no tener tal naturaleza jurídica; **vi)** En consecuencia, señala que solo la transferencia o traslado de divisas constituyen los hechos generadores del ISD y que el pago no es sino una de las formas en que se pudo configurar al tenor literal de lo señalado en el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que delimita su alcance; **vii)** Que entender que también la compensación es parte del hecho generador previsto para el ISD, al no estar expresamente previsto en la referida norma, sería hacer una interpretación extensiva; **viii)** Por tanto, concluye que *"si no hubo traslado de divisas o transferencia en el ejercicio fiscal 2015 no se producía el hecho generador, que es el presupuesto establecido en la ley para configurar el tributo, teniendo presente que, de acuerdo al artículo 4 del Código Tributario, las leyes tributarias deben determinar el hecho generador, sin que dicha norma haya establecido que la compensación constituya el hecho generador del ISD -y menos aún sea una forma de pago conforme lo sostiene la administración tributaria en el acto impugnado, ya que constituye otra forma de extinguir obligaciones-; …además que, considerar que el hecho generador del ISD se conformaba por la eliminación de deudas, aunque no haya transferencia o traslado de recursos, significaría también una aplicación extensiva de dicha norma, prohibida por los artículos 16 y 4 del Código Tributario, así como por el artículo 301 de la Constitución de la República".* **ix)** En base de este análisis, la sentencia recurrida establece que, la fundamentación que la administración utilizó para determinar el ISD en el ejercicio fiscal 2015, carece de la debida motivación, requisito constitucional y desarrollado en los arts. 81 y 103 numeral 2 del Código Tributario, que desvirtúa la legitimidad del acto determinativo conforme lo establece el art. 82 del Código Tributario y resuelve aceptar la demanda presentada por la compañía.

8.2.5. Por lo expuesto, esta Sala de Casación evidencia que el fallo recurrido fue resuelto de manera motivada ya que efectúa un ejercicio argumentativo racional, a través de la construcción de premisas que permiten entender los motivos que llevaron a resolver el controvertido, pues analiza los hechos y circunstancias motivo de la impugnación y la relación o subsunción de éstos a las normas de derecho que a su criterio se deben aplicar, las normas o principios jurídicos en que se funda, explicando los razonamientos jurídicos conforme lo dispone el artículo 89 del COGEP, denotando la coherencia entre sus premisas y las razones de su decisión.

8.2.6. Cabe aclarar que, si bien se cita en la sentencia como norma infringida el Art. 76. 7. **K)** de la Constitución de la República del Ecuador (parte del sustento del recurso del SRI), esta Sala considera que se trata de un error de tipeo de la cita norma, error que se encuentra previsto en el Art. 100 del COGEP, pues si bien la sentencia señala el literal "k", del análisis sistemático o integro de esa parte de la sentencia, no cabe duda que se refiere al literal "L", en consecuencia no por un error de escritura se puede alegar la infracción de falta o indebida motivación de la sentencia.

8.2.7. En definitiva, no porque los argumentos y decisión del Tribunal de instancia sean contrarios a la pretensión del recurrente, se puede alegar falta de motivación en la sentencia, pues según se ha advertido la misma cumplen los parámetros mínimos de motivación señalados como requisitos por la propia Corte Constitucional 188-15-EP/20 de 11 de noviembre de 2020), razones por las que se rechaza el recurso planteado por el cargo al amparo del caso 2 del Art. 268 del COGEP por falta de motivación.

8.3.- CASO 3 DEL ART. 268 DEL COGEP.- A fin de establecer si se ha configurado o no el cargo alegado y si la sentencia infringe los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador, 313 del Código Orgánico General de Procesos y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala de Casación Tributaria, hace las siguientes consideraciones:

8.3.1. Alcance doctrinario del error.- El caso 3ro. del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, recoge los vicios que atentan al principio de congruencia del fallo, es decir a la concordancia que debe existir entre la demanda, la contestación dada a la demanda y la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional.

Sobre este tema, Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, (La Casación Civil, Tomo II, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá Colombia, 2017, p. 741), señala que:

> *"… A manera de resumen tenemos, que la decisión del juez debe ser motivada, razonada o fundamentada, congruente, justa, alejada de*

todo vicio de ultrapetita, citrapetita o extrapetita, y no arbitraria, de lo contrario la misma será lesiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva…"

Los vicios en la congruencia de la sentencia son de naturaleza *in procedendo* y se configuran: a) cuando se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*); b) cuando se ha otorgado algo distinto a lo pedido (*extra petita*); y, c) cuando se ha omitido resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

8.3.2. Caso sub judice a resolver.- Con los argumentos del casacionista, la identificación de las premisas del considerando OCTAVO de la sentencia (fs. 1929 a 1935 vta.) ya transcrito por esta Sala de Casación (ítem 8.2.4), delimita su análisis a resolver si la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio de incongruencia, por haber resuelto en la sentencia algo distinto de lo pedido (extra petita). La infracción denunciada, se refiere a que el Tribunal efectúo su análisis en relación a la compensación como elemento constitutivo del hecho generador del ISD bajo la concepción de "pagos de otra naturaleza", cuando el objeto controvertido se refirió a la figura de liquidación de cuentas.

8.3.3. De la demanda se desprende que la compañía actora interpone acción de impugnación en contra del Acta de Determinación No. 17201924900103406, en la que se establece diferencias por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas de enero a diciembre del ejercicio fiscal 2015, por USD $ 694.855,97 más el 20% de recargo por la obligación tributaria así determinada por USD $138.971,19. La entidad actora señala que, por la naturaleza del negocio de las aseguradoras y reaseguradoras las cuentas contables jamás pueden ser consideradas como compensación de cuentas acreedoras y deudoras; además que sobre la transferencia o traslado al exterior que genera el impuesto de salida de divisas, afirma que la compañía nunca envió dinero al exterior y que en razón de ello no se originó el pago del ISD, pues la "liquidación de cuentas contables" tiene su origen en un ajuste de cuentas y que dicho movimiento de cuentas no se ajusta al hecho generador que se encuentra gravado por ese impuesto. En consecuencia, solicita que se deje sin efecto el acta de determinación impugnada dentro de esta causa.

8.3.4. Por su parte, la administración tributaria establece en su contestación a la demanda que *"en el presente proceso se discute un tema de puro derecho, pues de la lectura, tanto del acto administrativo impugnado, así como de los argumentos constantes en su demanda, se puede concluir que el tema en controversia radica en establecer la naturaleza del contrato de reaseguro permite la existencia de una compensación que a su vez constituya o no hecho generador del impuesto a la salida de divisas"* (fs. 1888 vta.) y efectúa su contestación en función del mismo.

8.3.5. El Tribunal de instancia señala como punto controvertido, (transcrito en el ítem 8.2.3 de esta sentencia): *"Establecer (…) al considerar que no se configura el hecho generador de dicho tributo por cuanto realizó una liquidación de cuentas con sus reaseguradoras, y no una compensación de cuentas por cobrar con cuentas por pagar, como lo sostiene el demandado, teniendo en cuenta la normativa aplicable."* Corresponde entonces a esta Sala de Casación, analizar si el Tribunal de instancia en el fallo resolvió algo distinto al objeto controvertido, de lo cual se resalta lo siguiente:

8.3.6. El objeto controvertido, según el Tribunal juzgador, contiene dos variables: **1)** Si la compañía realizó una liquidación de cuentas con sus reaseguradoras y no una compensación entre cuentas por cobrar con cuentas por pagar; al respecto establece: *"… dichos registros contables efectúa la empresa conforme a la normativa y regulaciones emitidas por la Superintendencia de Bancos -lo cual no ha sido objetado por el demandado-; sin embargo, para efectos tributarios dichas "liquidaciones" entre cuentas por pagar con cuentas por cobrar efectuadas por la empresa en el ejercicio 2015, constituyen compensaciones al extinguirse obligaciones entre la empresa actora con sus reaseguradoras, al configurarse los presupuestos establecidos en los artículos 1671, 1672 y 1673 del Código Civil."*; y **2)** Si es procedente la impugnación de la Aseguradora y por tanto dejar sin efecto el acta de determinación Nro. 17201924900103406 impugnada, por la cual se determinó diferencias por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas durante el ejercicio fiscal 2015. Al respecto, a pesar de haber identificado como compensaciones el mecanismo contable utilizado por el contribuyente, si en la generación de diferencias, se ha cumplido el presupuesto jurídico establecido en la Ley para configurarse el impuesto de salida de divisas, sobre lo cual la sentencia recurrida, concluye: *"… solo la transferencia o traslado de divisas son los hechos generadores del ISD, en tanto que, el pago constituye una de las formas en que se pudo haber efectuado dicho traslado o transferencia, en los términos del artículo 156 LRET que delimita su alcance, mas no*

lo constituye la compensación que es un modo de extinguir obligaciones al no estar expresamente previsto en dicha norma legal, pues de hacerlo se haría una interpretación extensiva (…). En virtud del análisis realizado se tiene que, el fundamento que sirvió de sustento a la administración tributaria para determinar el ISD en el ejercicio fiscal 2015 contenida en el acta de determinación nro. 17201924900103406 carece de la debida motivación; requisito constitucional contemplado en el literal k) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la Republica y desarrollado en los artículos 81 y 103 numeral 2 del Código Tributario." De lo expuesto, se evidencia que el Tribunal de instancia, si se pronuncia sobre las dos variables que componen el objeto controvertido, puesto que ha identificado la naturaleza jurídica del mecanismo contable utilizado por la compañía aseguradora en la liquidación de cuentas, en cuya base establece que las mismas no se enmarcan en el presupuesto que el ISD señala como generador del tributo y concluye en que tales operaciones no están previstas en el Art. 156 de la LRET como objeto del impuesto, justamente contrario al fundamento de Acta de Determinación No. 17201924900103406, a la que califica como inmotivada. De esta manera el Tribunal de instancia resolvió el objeto de la controversia establecido en la audiencia preliminar, por tanto, esta Sala de Casación considera que no se resolvió un punto ajeno a lo solicitado en la demanda y que se haya desatendido lo dispuesto en los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador, 313 del Código Orgánico General de Procesos y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto, no se configura el vicio de *extra petita*, denunciado al amparo de la causal 3 del Art. 268 del COGEP.

8.4.- CASO 5 DEL ART. 268 DEL COGEP.- Las normas de derecho que el recurrente estima infringidas y que han sido admitidas por el Conjuez de la Sala son errónea interpretación del art. 156 y falta de aplicación del art. 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario e indebida aplicación de los arts. 1583 numeral 1 y 1584 del Código Civil.

8.4.1.- Alcance doctrinario del error al amparo del caso quinto.- El recurso de casación interpuesto, se fundamenta en los vicios de falta de aplicación, errónea interpretación e indebida aplicación de la norma de derecho; y, en este sentido, el autor Luis Armando Tolosa Villabona, Tolosa Villabona, Luis Armando,. 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359, 360 y 361, que al respecto sostiene que:

> En referencia a la **falta de aplicación** dice: *"Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típic", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…"* Sobre la **errónea interpretación** *"Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad"*

Por su parte el ilustre tratadista nacional Dr. Santiago Andrade Ubidia, en relación a la **errónea interpretación** (La Casación Civil en el Ecuador pág. 183), dice que se produce*: "Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene."*

En lo relacionado con la **aplicación indebida** señala que: *"...es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error, es error de subsunción o de aplicación. A la norma se la entiende rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos que no contempla."*

Esta causal contiene los denominados errores *in iudicando* o la violación directa de la norma sustantiva identificada por el recurrente. De configurarse el yerro jurídico denunciado éste debe ser corregido. Tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se configure el mismo se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia o

auto impugnados; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido.

8.4.2.- Conforme al objeto controvertido ya transcrito en este fallo y que se refiere a las diferencias establecidas por concepto de impuesto a la salida de divisas en el ejercicio 2015, esta Sala de Casación ha de considera en primer término, la definición de obligación tributaria (Art. 15 del Código Tributario) como el vínculo jurídico de carácter personal entre el sujeto activo o Estado y el contribuyente o responsable, por el cual se debe satisfacer una prestación en dinero, especies o servicios al verificarse el hecho generador previsto por la ley, entendiéndose como hecho generador el "presupuesto que la ley establece para configurar el tributo". En el impuesto a la salida de divisas, esta hipótesis de incidencia y por cuya concreción va a nacer la obligación tributaria lo delimita el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que según la autoridad tributaria recurrente ha sido "erróneamente interpretada", establece que el supuesto fáctico se configura cuando concurran las siguientes condiciones: **i)** que exista transferencia o traslado de divisas al exterior, **ii)** que estas sean en efectivo, a través del giro de cheques, de transferencias, de envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza, **iii)** que sean realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. En tanto que el art. 17 del Código Tributario, en que se fundamentan las glosas, consagra el principio de realidad económica sobre las formas jurídicas que no siempre reflejan la verdadera sustancia de las relaciones entre particulares, se trata, en definitiva, de una de las innumerables manifestaciones que tiene la noción de la prevalencia de la sustancia sobre la forma.

8.4.3. Cabe entonces la pregunta, se adecua al hecho generador del ISD la figura jurídica de "liquidación de cuentas" (compensación) como forma de "pago abreviado"(?); en respuesta a la cuestión, debe partirse de que en la compensación no se produce un traslado o transferencia de dinero y por concepto no podría entenderse comprendido dentro del concepto de "pago" como género y menos como especie; efectivamente, el pago efectivo por definición del Art. 1584 del Código Civil no es sino "la prestación de lo que se debe", y si bien es el primer modo de extinguir las obligaciones, no es el único, pues existen, entre otros: (Art. 1583 CC que el recurrente denuncia indebidamente aplicada) la confusión, la remisión, novación, pérdida de la cosa que se debe, prescripción, la compensación, de los cuales el Código Tributario (Art. 37) ha señalado como modos de extinguir la obligación tributaria únicamente: pago, compensación, confusión, remisión y prescripción. Tanto el Código Civil como el Código Tributario coinciden que la compensación se da cuando ente dos personas (una de ellas puede ser el Estado) se presentan las condiciones de acreedor y deudor al mismo tiempo; en tal sentido no puede considerarse como "errónea la interpretación" que hace el Tribunal de instancia al no aceptar la postura de la administración tributaria, de que se considere a la compensación como un pago abreviado, pues son dos figuras jurídicas diferentes, según también lo señala la doctrina y la jurisprudencia; en consecuencia, no se configura el vicio alegado de errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, y tampoco la indebida aplicación de los arts. 1583 numeral 1 y 1584 del Código Civil que se refieren a la extinción de las obligaciones y al pago en particular. Tan cierto es lo dicho que, el legislador entendiendo la figura de la compensación, en el Art. 36 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal, expresamente señaló: "En el artículo 156, luego del texto "retiros o pagos de cualquier naturaleza", añádase el texto: "*con excepción de las compensaciones"* (S.R.O. #309 de 21 de agosto de 2018), lo que hace inútil cualquier discrepancia sobre la interpretación que ha de darse a la referida norma y confirma la debida aplicación de las normas civiles que fueron denunciadas como vicios por el recurrente, ya que sirven de base jurídica para establecer la naturaleza de las formas de extinción de las obligaciones, conforme se entendió en la resolución de la causa.

8.4.4. En cuanto a la "falta de aplicación" del artículo 17 del Código Tributario, que se refiere a la calificación del hecho generador en la que debe primar la "esencia sobre la forma"; al haber realizado previamente el análisis sobre la compensación y el hecho generador del ISD previsto en el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, y tomando en cuenta la relación que mantiene la aseguradora y el reasegurador, no se podría considerar la compensación como un "artificio" para realizar una encubierta transferencia o traslado de divisas al exterior, bajo

una forma jurídica creada para el efecto, toda vez que la "liquidación de cuentas" evidencia la efectiva realización de ese mecanismo de extinguir las obligaciones incluidas dentro de la técnica contable como una forma de compensación, es decir, la compañía de seguros no le ha dado a sus operaciones con la reaseguradora una apariencia o estructura formal que resulte inadecuada a su relación comercial; aspectos que son explicados *in extensum* por la sentencia del Tribunal de instancia, que coinciden con el análisis efectuado por esta Sala. En consecuencia, se desecha el cargo de falta de aplicación del artículo 17 del Código Tributario.

8.4.5. Finalmente sobre la "falta de aplicación" del artículo 160 de la Ley Reformatoria de la Equidad Tributaria, que establece a la base imponible como elemento constitutivo del ISD, lo cual, conforme se desprende del objeto controvertido y de la decisión adoptada por el Tribunal de instancia, no es materia de litigio, por tanto, el que se haya o no aplicado la configuración de la base imponible al impuesto discutido, no es relevante dentro de esta causa y por tanto la norma invocada por el casacionista, no está llamada a resolver el conflicto llevado a juicio y no resulta determinante en la decisión adoptada, razón por la que tampoco se configura la alegada falta de aplicación del Art. 160 LRETE.

NOVENO: DECISIÓN.-

9.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del Art. 273 del Código Orgánico General de Procesos, 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**, resuelve **NO CASAR** la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019, a las 16h16, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2019-00160.

9.2 Sin costas.

9.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

9.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No.352-UATH-2021-OQ de 5 de abril de 2021.

f) Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL, (PONENTE), Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2021

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *01100-2019-00003*
Resolución Nro. *448-2021*
Fecha: *viernes 18 de junio del 2021, las 09h54*

TEMA: Naturaleza del delito de prevaricato y principio de mínima intervención penal.

ASUNTO

La Fiscalía inicia una acción penal en contra de S. P. R. Arbito, por sus actuaciones como jueza sustanciadora del proceso civil No. 01333-2017-00866, en razón de que la procesada emitió una sentencia, declaró su nulidad y posteriormente dictó otra sentencia cuando ya no tenía competencia para ello, por lo que procedió contra ley expresa, constituyéndose como presunta autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal.

En el presente caso, se discute sobre la naturaleza del tipo penal de prevaricato, en relación a la posibilidad de sancionar a través de la vía administrativa el comportamiento de un juzgador cuando denote el mero desconocimiento del derecho, en virtud del principio de mínima intervención penal.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (en razón del fuero) determina que se ha probado la existencia del delito de prevaricato, pues evidencia que la procesada, en su calidad de jueza, contravino ley expresa, al dictar una segunda sentencia en la misma causa, cuando estaba impedida de modificar o alterar la primera sentencia, ya dictada en el proceso, conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial y principios constitucionales.

En esa virtud, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra de la procesada, imponiéndole la pena de privación de libertad de tres años, inhabilitación para el ejercicio de la profesión por seis meses, el pago de una multa. Se le concede la suspensión condicional de la pena.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay analiza el recurso de apelación interpuesto por la procesada, cuyo principal argumento radica en la incorrecta valoración probatoria del tipo penal acusado, pues el error cometido por la jueza resultaría en una actuación negligente, mas no dolosa.

El tribunal concluye que hubo una interpretación y valoración correcta, tanto de las normas y principios, como de la valoración de la prueba presentada, por parte del tribunal a quo, por lo que rechaza el recurso de apelación planteado y confirma la decisión subida en grado en todas sus partes.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01100-2019-00003

Juez Ponente: Dr. Walter Samno Macías Fernández

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO Y CRIMEN ORGANIZADO.

Quito, viernes 18 de junio del 2021, las 09h54.

VISTOS. Esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el señor abogado Walter Samno Macías Fernández, Juez Nacional; abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza de esta Sala, que actúo en la audiencia en reemplazo del abogado Byron Guillen Zambrano; y, abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional. Habiendo instalado la audiencia, la Sala examinó la fundamentación oral del recurso de casación y escuchada la contradicción de la Fiscalía General del Estado, se emitió pronunciamiento oral en la audiencia celebrada el 22 de abril de 2021.

Expresa la posición de la Sala, el señor Juez Nacional Walter Samno Macías Fernández en calidad de Ponente.

I. ANTECEDENTE:

1.1. Mediante audiencia celebrada el 27 de septiembre de 2019, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General del Estado, revocó el auto de sobreseimiento dictado por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; y, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada señora SONIA PATRICIA RODAL ARBITO.

1.2. Celebrada la audiencia de juicio, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por sentencia dictada el 6 de enero de 2020 declaró a la procesada culpable del delito de prevaricato tipificado y sancionado conforme lo previsto en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal. Impuso a la sentenciada las sanciones de pena privativa de libertad de tres años; multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general; interdicción mientras dure la pena.

No se impusieron medidas de reparación; y, se aceptó la solicitud de suspensión condicional de la pena privativa de libertad.

1.3. Por escrito presentado el 8 de enero de 2020, la persona procesada interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria dictada en su contra. Admitido a trámite el recurso de apelación, se designó el Tribunal competente, de entre los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

El 20 de julio de 2020 se desarrolló la audiencia de apelación ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, respecto de la sentencia condenatoria de primera instancia, habiéndose emitido pronunciamiento oral en el que, por voto de mayoría, se rechazó el recurso de apelación y se confirmó la sentencia de primera instancia.

La doctora Blanco Alexandra Vallejo Bazante integrante de la Sala de Apelación, suscribió un voto salvado, por el cual es de la posición de aceptar el recurso de apelación de la recurrente y dictar sentencia ratificando su estado de inocencia. La sentencia fue notificada por escrito el 27 de julio de 2020.

1.4. La procesada señora SONIA PATRICIA RODAL ARBITRO, mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2020 interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación.

1.5. Por auto dictado el 14 de agosto de 2020, la Sala de apelación ordenó remitir el proceso a la Corte Nacional de Justicia.

El proceso fue recibido en la Corte Nacional de Justicia el 3 de septiembre de 2020.

Mediante el sorteo practicado el 9 de septiembre de 2020, se determinó la Sala competente integrada por la doctora Dilza Virginia Muñoz Moreno, Jueza Nacional encargada, doctores David Isaías Jacho Chicaiza y Iván Xavier León Rodríguez, Jueces Nacionales encargados, quienes por auto de 4 de diciembre de 2020 admitieron el recurso de casación, por el cargo único de falta de motivación en atención al artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.

En virtud de la designación de los Jueces Nacionales e integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, por resorteo practicado el 12 de marzo de 2021 se designó a la Sala competente para sustanciar la audiencia de fundamentación del recurso de casación y designó Juez Ponente, a quien actúa en tal calidad en la presente decisión.

II. COMPETENCIA:

De conformidad a lo previsto en los artículos 76 numeral 7 literal k, 167, 168 numeral 3, 172, 178 numeral 1,184 numeral 1 de la Constitución de la República; 7, 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, esta Sala de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto por la persona procesada.

III. VALIDEZ PROCESAL.

De la revisión del proceso se determina que no concurre causas que afecten su validez (Art. 652.10 COIP), no se aprecia indefensión o vulneración de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (Arts. 75 y 76 CRE). Se examinó de forma oral que no existe motivo para declarar la nulidad procesal; por lo tanto, el proceso es válido y así se lo declara.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

A la audiencia de fundamentación del recurso de casación comparecieron: la recurrente y procesada señora Sonia Patricia Rodal Arbito, asistida profesionalmente por el doctor Carlos González Albornoz; la Fiscalía General del Estado a través de su delegada doctora Zulema Pachacama Nieto.

4.1. El doctor Carlos González Albornoz, en calidad de abogado patrocinador de la recurrente y procesada, en lo esencial, sostuvo:

Señaló que, la sentencia recurrida es la dictada por la Niñez, Familia, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 5 de agosto de 2020 por el presunto delito de prevaricato.

Indicó que, se ha admitido el cargo de falta de motivación al tenor de lo que dispone el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, en concordancia con lo previsto en el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Nacional de Justicia en varios fallos ha señalado que las decisiones de los poderes públicos deben ser motivadas; para ello debe existir los parámetros de lógica, comprensibilidad y razonabilidad.

Afirmó que, una sentencia tiene que ser razonada, "entendible en el contexto social, esta sentencia no reúne justamente esos parámetro, es una sentencia donde se encuentran opiniones subjetivas, donde existe criterios subjetivos, especulaciones, ausencia de sustento jurídico […]"; señaló que "[…] se pretende desarrollar una hipótesis absurda de que existe el delito de prevaricato, solo es suficiente que el juez haya dictado una resolución contra norma expresa y no es necesario que exista perjuicio a las partes procesales, […] la hipótesis jurídica de que no es necesario de que no es necesario que se haya cometido un perjuicio a las partes procesales, es una premisa absolutamente falsa, por eso es que la motivación es irrazonable […]".

Argumentó que, el Tribunal recurrido en la sentencia cita a la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, lo cual no constituye doctrina y que en el mejor de los casos sería derecho comparado, pero que tal fallo no dice lo afirmado por el Tribunal de apelación, indicando que " […] la tipicidad [del delito de prevaricato] solo se verifica si se añade un elemento subjetivo indispensable que permita calificar este delito de doloso, en definitiva este delito no se produce por la incorrección jurídica, por ignorancia o negligencia del juez, sino por la incorrección moral de dictar el fallo por motivaciones personales e indebidas a sabiendas que se está violentado la ley, este elemento del dolo dificulta la prueba del delito, pues no basta dice el jurista, probar la impertinencia jurídica. [….]". También expresó:

> […] para el Tribunal solamente existe un elemento del delito, uno solo, el fallar contra norma expresa, desconociendo lo que dice expresamente el Art. 268 del COIP, que dice; que claro que es uno de los elementos el fallar contra norma expresa, pero que tiene que estar acompañado obligatoriamente con un perjuicio a las partes procesales, por eso es que el delito de prevaricato es un delito doloso, no existe delito de prevaricato culposo […]
>
> […] la propia Corte Penal de primera instancia, reconoce que no se ha cometido ningún perjuicio a ninguna parte procesal y por lo tanto resuelve que no hay cabida a reparación integral, la presunta víctima del delito, ustedes lo puede revisar reconoce que no existe bajo ningún concepto, daño que se le haya causado, entonces si no hay perjuicio a las partes procesales, si no hay dolo, si no hay la intensión de causar daño, no puede configurarse los elementos constitutivos del delito de prevaricato.

Concluyó solicitando que la sentencia recurrida se case no sólo porque es inmotivada, sino que, en uso de la facultad oficiosa, la Sala analice la indebida

aplicación del artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal; y, se ratifique el estado de inocencia.

4.2 La Fiscalía General del Estado a través de su delegada, doctora Zulema Pachacama Nieto: Inició precisando, la sentencia fue dictada por Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, el 27 de julio del 2020, más no por la Sala de la Niñez y Adolescencia como señaló la parte recurrente.

Señaló que, el recurso de casación tiene por objeto que los jueces del Tribunal de cierre revisen las sentencias de los jueces de instancia en cuanto a la correcta aplicación de la ley y la Constitución; la resolución No. 10-2015 ha señalado ciertos parámetros para que el recurso de casación tenga cierta prosperidad, primero que el casacionista debe indefectiblemente señalar la sentencia que está recurriendo, segundo que la norma jurídica en la cual está amparada este cargo casacional, tercero las normas jurídicas que a su criterio han sido violadas, cuarto indicar una de las causales contempladas en el artículo 656 del COIP, lo cual en ningún momento se ha escuchado. La parte recurrente debió señalar con claridad y precisión en que parte de la sentencia se encuentra el error y haber señalado el principio de trascendencia, esto es, señalar de qué forma afectó el yerro a la parte.

Afirmó que, la parte recurrente alegó únicamente la falta de motivación de la sentencia, ha indicado que la sentencia carece de comprensibilidad, razonabilidad y lógica; y, expuso que "indica, además de que la sentencia no cumple con el requisito de razonabilidad por cuanto existen hipótesis equivocadas por parte del Tribunal de alzada, que únicamente son opiniones y que el Art. 268 del COIP, en aquel no existe la palabra si se puede."

Sostuvo que, la sentencia cumple con los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad; cumple la razonabilidad porque "contiene normas legales, constitucionales e inclusive supranacional, y de esta forma encasilla los actos, la conducta de la procesada en el Art. 268 del Código Orgánico Integral Penal, y de esa forma aplica la pena correspondiente"; respecto de la lógica se cumple debido a que " de los elementos facticos que se encuentran detallados en esta sentencia y los contrarrestamos con los probatorios, aquella tiene una congruencia para llegar a su decisión, en este contexto la sentencia es más que lógica"; y, la sentencia es comprensible porque "estos dos parámetros correctamente enlazados le llevan a una comprensibilidad de cualquier auditorio social."

Expresó que, ha leído ciertas partes de la sentencia y la decisión señala que "[…] no es necesario en realidad que haya ciertos daños a las partes procesales, para que una persona, en este caso un Juez ha llegado adecuar su conducta a la norma jurídica que ha sido aplicada […]"; que la referencia de doctrina extranjera efectuada por el Tribunal Adquem es únicamente una referencia para hacer el análisis respecto del delito juzgado.

Argumentó que, los elementos del tipo penal por el cual fue procesada y sentenciada la recurrente se encuentran contemplados en el Art. 268 del Código Orgánico Integral Penal, que la sentencia analiza que la "[…] hoy procesada falló contra norma expresa y cita el Art. 100, pues este Art. del Código Orgánico General de Procesos, claramente prohíbe que se realice el acto que la sentencia hizo […]".

Continuó señalando que "[…] la procesada nulitó una sentencia que ella emitió y luego emitió otra sentencia, lo cual está totalmente prohibido por la norma, cuando ella sabía, inclusive consta del texto de la sentencia, conocía del Art. 112, que ella no podía nulitar una sentencia si eso era ya función del Tribunal superior, pero sin embargo lo hizo, en este sentido se manifiesta claramente cuál es el bien jurídico protegido, en este caso es la correcta administración de justicia, lo cual quebrantó la hoy procesada."

Concluyó que, no encuentra que la sentencia carezca de los parámetros señalados por la defensa de la persona procesada respecto de la motivación; y, que la exposición del recurrente carece de elementos jurídicos demostrativos, solicitando que se declare improcedente el recurso de casación por no haberse fundamentado correctamente.

4.3. Réplica de la persona recurrente. En el ejercicio de su derecho a la *réplic*a, la defensa de la persona procesada indicó que la sentencia señalada es correcta; hizo alusión que el Art. 13 del COIP determina que la interpretación de las normas penales debe ser debe hacerse en sentido literal, en relación con el Art. 25 ibidem describen las conductas penalmente relevantes; insistió que el Art. 268 del COIP describe el perjuicio como elemento integrante del delito de prevaricato, la correcta interpretación del delito es fallar contra ley expresa, más el perjuicio a una de las partes.

Continuó argumentando que, "el prevaricato es un delito eminentemente doloso, el COIP vigente a la fecha que se dictó apremia en su Art. 26 cuando conceptualizaba el dolo como designio de causar daño, es decir no bastaba fallar contra ley expresa

para que se configurara el delito, lo cual como se ha indicado a lo largo de la sentencia, no ha realizado el procesado, para proceder en contra del procesado debía probarse por parte de Fiscalía que su actuación tuvo el designio de causar daño […]" ; sostuvo que es imposible el prevaricato culposo.
Finalmente, reconoció que la procesada ejecutó la conducta que la Fiscalía considera constitutiva del delito de prevaricato y por los cuales se dictó la sentencia condenatoria.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Teniendo presente el pronunciamiento oral efectuado al finalizar la audiencia de fundamentación del recurso de casación, se analizará en primer lugar el cargo fundamentado por la persona procesada; y, luego se expondrá la motivación referente a la casación de oficio efectuada por la Sala.

5.1. Respecto del cargo de falta de motivación de la sentencia dictada por la Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Azuay.

La Constitución de la República establece como parte del derecho al debido proceso y garantía instrumental del derecho a la defensa la motivación de las resoluciones de los poderes públicos (Art. 76.7.l). La naturaleza de esta norma constitucional radica en que reconoce un derecho del justiciable, así como impone un deber de actuación a la autoridad que ejerce el poder público[1]; es decir, por una parte, implica que el justiciable –parte o sujeto procesal– tiene derecho subjetivo a obtener una decisión motivada y en otra dimensión instituye una obligación de la autoridad pública, en el caso del proceso judicial de los jueces o juezas que adoptaron la decisión.
La Constitución de la República determina que el contenido de este derecho comprende la exposición de fundamento jurídico y explicación de su aplicación a los hechos materia del proceso judicial. Esta Sala destaca que, en sentido básico y atendiendo su significado gramatical, motivar implica dar razón o motivo de algo, así como explicar las razones; por lo tanto, por motivación entendemos la explicación o exposición de razones por las cuales el juzgador adopta la decisión.
El Código Orgánico Integral Penal determina que, la motivación de la decisión en el proceso penal, implica que el juez debe pronunciarse " sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso." (Art. 5.18); es decir, su contenido se circunscribe a la respuesta a las alegaciones de los sujetos procesales, siempre que éstas sean consideradas relevantes.
Esta Sala ha señalado, con motivo del análisis del cargo de falta de motivación de la sentencia impugnada, que "[e]l contenido de este derecho constitucional radica en enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda el fallo y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; de manera a través de este derecho se garantiza que la decisión judicial se adopte en consideración al ordenamiento jurídico aplicable a unos hechos concretos."[2].
Debemos recordar que, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado inicialmente que " [l]as decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, […], deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias"[3]; ha determinado que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión."[4]. Más tarde ha señalado que este derecho 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. […] la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado."[5].

[1] En ese sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: "Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: […] 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;" (Art. 130).
[2] Proceso No. 17297201801410, sentencia de 19 de mayo de 2021.
[3] Caso Yatama vs Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.
[4] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

La jurisprudencia más reciente del máximo órgano de garantía regional ha señalado que la motivación permite conocer " cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad."[6]; y, en ese sentido, es claro que constituye una garantía de legitimidad de la decisión judicial.

También hemos señalado que inicialmente la jurisprudencia constitucional estableció tres parámetros para determinar si una sentencia se encuentra motivada, esto es, el examen de si la decisión tiene razonabilidad, lógica y comprensibilidad[7]; no obstante, la jurisprudencia más reciente sino ha abandonado tal posición, ha experimentado una variación importante respecto del ámbito protegido por este derecho, pues ha señalado que "[…] la aplicación del test de motivación no debe convertirse de ningún modo en una fórmula mecánica aplicable de manera general a todos los casos."[8].

La justicia constitucional también ha señalado que " [l]a motivación no se agota con la mera enunciación inconexa de normas jurídicas o antecedentes de hecho, sino que obliga al juzgador a explicar de manera fundamentada por qué una disposición jurídica se aplica a un antecedente de hecho y qué conclusiones se derivan de esta aplicación. Consecuentemente, la motivación está orientada a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial."[9]; y, ha indicado " […] que una violación del artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución ocurre ante dos posibles escenarios: (i) la inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión; y (ii) la insuficiencia de motivación, cuando se incumplen criterios que nacen de la propia Constitución al punto que no permiten su comprensión efectiva."[10].

Reiterando los escenarios fijados en la sentencia No. 167912EP/20, más tarde señaló que " […] la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesariopara considerar motivada una sentencia."[11]. Ha precisado que existe motivación incompleta cuando " […] los jueces enuncia[n] y explica[n] de manera parcial los fundamentos fácticos y jurídicos […]"[12]; y, ha dicho en términos concluyentes: " *la garantía de la motivación no se refiere a la corrección del razonamiento judicial, sino, exclusivamente, a explicitar de forma suficiente los fundamentos de la decisión adoptada*." (Énfasis fuera del original)[13].

De forma más reciente, ha afirmado que este derecho protege que las decisiones se adopten en base a fundamento jurídico y su explicación de los hechos, "más allá de lo correcto o incorrecto de las conclusiones alcanzadas en la decisión judicial impugnada, lo cual escapa del alcance de la garantía de motivación […]"[14].

Esta Sala considera oportuno señalar que el derecho a la motivación implica que el juzgador ofrezca en su decisión una respuesta razonada en derecho y comprende dos dimensiones: por una parte, que la decisión objeto del recurso se haya fundado o sustentado en lo que el juzgador considera el régimen jurídico aplicable a los hechos que juzga; y, en otra perspectiva que se haya dado respuesta a las alegaciones formuladas por el recurrente.

Desde luego, esta norma constitucional no protege el derecho del justiciable a obtener una argumentación detallada, pormenorizada u autónoma de sus planteamientos, tampoco un análisis orientado hacia la aceptación de sus pretensiones o planteamientos, sino tan solamente a obtener una respuesta, pudiendo incluso ésta ser implícita y no exhaustiva.

En la práctica, cuando se alega vulneración del derecho a obtener una decisión motivada, tanto la jurisprudencia interamericana como la jurisprudencia constitucional realizan un examen respecto

---

5 Caso Apitz Barbera y otros ("*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*") vs Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008.
6 Caso Cordero Bernal vs Perú, sentencia de 16 de febrero de 2021.
7 Véase las sentencias No. 22712SEPCC, de 21 de junio de 2012; No. 14918SEPCC, de 18 de abril de 2018, entre otras tantas.
8 Sentencia No. 200413EP/19, de 19 de septiembre de 2019.
9 Sentencia No. 86012EP/19, de 4 de diciembre de 2019.
10 Sentencia No. 167912EP/20, de 15 de enero de 2020.
11 Sentencia No. 132013EP/20, de 27 de mayo de 2020.
12 Sentencia No. 176214EP/20, de 18 de noviembre de 2020.
13 Sentencia No. 150715EP/21, 20 de enero de 2021.
14 Sentencia No. 202416EP/21, de 14 de abril de 2021.

de si el órgano jurisdiccional ha adoptado su decisión, en base a normas, cuál es su pertinencia respecto de los hechos; es decir, si existe una reflexión sobre la cuestión especifica material del proceso u objeto del recurso.[15]

Esta Sala ha expresado y ahora debemos ratificar, que cuando se plantea la falta de motivación de la decisión impugnada como cargo casacional, el control que debe efectuarse por este Tribunal de cierre radica en determinar si el fallo dictado por la Sala de Apelación se fundamenta en el ordenamiento jurídico, se ha explicado la pertinencia de tales normas a los hechos materia del proceso y con ello se ha dado respuesta a las alegaciones del entonces recurrente sobre la base del planteamiento de la parte recurrente.

No obstante, debido a la naturaleza extraordinaria del medio de impugnación (Art. 10 COFJ), la Sala de este Alto Tribunal no está obligada a efectuar un control automático e integro de la decisión, ya que el recurso de casación sitúa al recurrente en la obligación de ofrecer una carga argumentativa respecto de la violación incurrida y la forma en que la falta de motivación se habría efectuado.

Esta obligación deriva también de la aplicación del principio *dispositivo* (Arts. 168.6 CRE y 19 COFJ), siendo necesario que el recurrente expongan las razones concretas por las cuales considera que la decisión impugnada no se encuentra motivada, no siendo suficiente la mera invocación de la norma constitucional que reconoce el derecho a la motivación u otras que hagan alusión al deber de motivar las decisiones, ni tampoco un señalamiento general de la falta de motivación de la decisión recurrida. Así, el examen o análisis procede, sólo cuando el recurrente ofrece argumentos o alegaciones concretas respecto de la falta de motivación de la decisión impugnada, más no en base a una alegación genérica.

Por otra parte, esta Sala considera oportuno precisar que esta vía de impugnación no protege, ni permite al órgano jurisdiccional que resuelve el recurso una corrección de los argumentos ofrecidos por el órgano recurrido para la decisión adoptada; dicho en otras palabras, al margen de que la argumentación efectuada por la Sala de apelación sea correcta o incorrecta para el caso concreto.

En el presente caso, la persona procesada a través de su abogado defensor doctor Carlos González indicó que la sentencia recurrida fue la dictada el 5 de agosto de 2020 por la Sala de la Niñez, Familia, Adolescencia y Adolescentes de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; tal cuestión fue objetada por la delegada de la señora Fiscal General del Estado precisando que la sentencia fue dictada el 27 de julio de 2020 por la Sala Penal de la Corte Provincial del Azuay.

Esta Sala determina que, revisado el expediente de apelación, efectivamente como sostuvo la Fiscalía General del Estado no existe sentenciada dictada el 5 de agosto de 2020; tampoco que la sentencia se haya adoptado por la Sala de la Niñez, Familia, Adolescencia y Adolescentes de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. No obstante, siguiendo el criterio fijado en el proceso 17297201801410, tenemos claro que esta cuestión constituye una mera equivocación; pues, no sólo la Fiscalía contribuyó a identificar la decisión recurrida, sino que del proceso de segunda instancia se establece que la única sentencia de apelación fue dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 27 de julio de 2020.

En todo caso, debe tenerse presente que dicha equivocación no es suficiente para rechazar el recurso de casación, ya que ello constituiría una formalidad excesiva y un proceder contrario al artículo 169 de la Constitución de la República.

Sobre la cuestión de falta de motivación de la sentencia impugnada, la parte recurrente sostuvo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corte, se ha determinado que para considerar la decisión motivada deben reunir los parámetros de lógica, comprensibilidad y razonabilidad; afirmó que la sentencia no reúne tales requisitos porque es una decisión donde se encuentra opiniones subjetivas, especulaciones, ausencia de sustento jurídico y por ende carece de razonabilidad.

En su opinión, la Sala de Apelación pretende desarrollar una hipótesis absurda, según la cual, es suficiente para el delito de prevaricato que el juez haya dictado una resolución contra norma expresa

[15] Por ejemplo, la Corte Interamericana ha señalado que una decisión se *" dictó sin una motivación que diera cuenta de su necesidad y se sustentó en una norma que, al establecer la procedencia de la prisión preventiva en términos automáticos"* (Caso Carranza Alarcón vs Ecuador, sentencia de 3 de febrero de 2020).

y no es necesario que exista perjuicio a las partes procesales. Los expresado por el órgano judicial recurrido no estaría contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal, siendo una premisa absolutamente falsa.

Como se ha expresado en otra oportunidad, si bien esta Sala coincide en la importancia de la motivación como presupuesto de legitimidad de la decisión judicial, siendo una cuestión relevante en el ámbito del Estado constitucional (Art. 1 CRE); consideramos que la fundamentación oral expresada por la recurrente a través de su abogado, hizo alusión a los estándares de la motivación.

Sin embargo, identificamos que la argumentación ofrecida por la recurrente no imputa al fallo impugnado propiamente la falta de motivación, sino que contiene un desacuerdo respecto de la forma en que se ha interpretado y aplicado el artículo 268 Código Orgánico Integral Penal para el caso concreto; más propiamente, cuestiona que los hechos satisfagan la tipicidad exigida por el tipo penal de prevaricato, debido a que la propia sentencia impugnada entiende que no concurre un requisito, pero el fallo impugnado lo considera innecesario.

Es claro entonces, que la cuestión planteada por el recurrente no es la falta de motivación de la sentencia impugnada; y, consideramos que no resulta correcto alegar falta de motivación cuando de la propia fundamentación del recurrente sostiene que existe la cita o transcripción de una norma del Código Orgánico Integral Penal como es el artículo 268; incluso la fundamentación sostiene que se ha citado una sentencia extranjera para argumentar la decisión en el sentido que la Sala recurrida entiende debe aplicarse la norma penal, indicando que existe una "cita textual".

Considerando la fundamentación de la persona procesada en su integralidad, ésta cuestiona que la conducta satisfaga la exigencia de tipicidad del delito; ello puede apreciarse cuando objeta la inexistencia de dolo en la conducta ejecutada por la persona procesada y que es materia de la acusación o sostiene la inexistencia de una modalidad culposa del delito de prevaricato.

Bajo la alegación de que el fallo recurrido no cumple los parámetros de motivación, la recurrente pretende que la Sala de este Alto Tribunal realiza una corrección de la aplicación de la norma que contiene el tipo penal y se determine su correcta interpretación para el caso concreto. Si bien, inicialmente la jurisprudencia constitucional –la cual se mantuvo por varios años– admitía bajo los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad una especie de corrección de la aplicación del derecho en los fallos, estimamos que tal cuestión no se encuentra protegida por el derecho previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República; y, en ello coincidimos con posición de la jurisprudencia constitucional más reciente.

Este entendimiento del derecho a la motivación tiene plena relación con la existencia de otras modalidades de violación de la ley, como son la errónea interpretación, la falta de aplicación o la contravención expresa de una norma de derecho, que constituyen auténticos cargos de casación, los cuales están orientados precisamente a corregir la aplicación de las normas penales en la sentencia impugnada. Así, resulta improcedente controlar la corrección de la aplicación del derecho al plantearse la alegación de falta de motivación.

En tal perspectiva, en este caso no se trata de que el recurrente atribuya al fallo recurrido ausencia de aplicación normas, inexistencia de análisis de la forma en que las normas se han aplicado a los hechos del caso, ni se cuestionada que no se haya dado respuesta a algún planteamiento. Estas reflexiones podríamos considerarlas suficientes para rechazar la alegación de falta de motivación.

Sin perjuicio de lo señalado, esta Sala considera que la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 27 de julio de 2020, las 12h05 se encuentra motivada. El voto de mayoría que contiene la sentencia impugnada se estructura en seis considerandos; y, si bien existen dos considerandos denominados "sexto", tal cuestión no afecta la estructura de la sentencia, ya que las cuestiones abordadas están plenamente diferenciadas.

El considerando primero señala las normas y hechos por los cuales se fijó la jurisdicción y competencia de los jueces que conforman la Sala de Apelación; en el considerando segundo hace una exposición de los términos de la fundamentación del recurso de apelación que fue objeto de conocimiento y resolución de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia; y, en el considerando tercero se señala los antecedentes de la sentencia.

En el considerando cuarto se fijan los términos de la contradicción de los sujetos procesales en la instancia de apelación. Se expone, en primer lugar, los hechos que la Fiscalía considera constitutivos de delito; se realiza una exposición de las pruebas practicadas por la acusación oficial ejercida por

la Fiscalía; consta una exposición respecto de las pruebas practicadas por la persona procesada, inclusive el recuento del testimonio de la procesada rendido en el juicio.

Bajo el considerando denominado "sexto: análisis del tribunal", la Sala de apelación delimita las cuestiones objeto de su decisión: "1) que no se ha justificado el elemento objetivo del delito, esto es, el daño. 2) que no existe el elemento subjetivo, que es el dolo".

Identificamos que los Jueces Provinciales que suscriben el voto de mayoría transcriben el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica el delito de prevaricato acusado y se anotan sucesivas reflexiones. Se dice, por ejemplo, que el delito consiste en "un quebrantamiento especial a la ley" , exponen que "[s]i este juez se aparta por voluntad propia de la aplicación la norma, está cometiendo prevaricato.", así como que "[…] no puede un funcionario de la carrera Judicial inaplicar una norma clara que no admite resquicio alguno a la interpretación o simplemente por ignorancia de las reglas […]".

Continúa señalando lo que implica el delito desde el punto de vista objetivo. La Sala realiza un análisis de lo que denominan el "estándar de convicción" donde se exponen diferentes reflexiones sobre el acto típico, antijuridico y culpable, incluso citan diversos autores y consta una relación con los hechos del caso concreto.

La decisión expone un análisis de los elementos subjetivos del tipo penal, el cual se centra en la ejecución de la conducta enjuiciada en relación con la regulación legal prevista para el trámite procesal y lo que la Sala recurrida entiende determinante en la adecuación de tipicidad. Se expone un apartado respecto de la antijuricidad y culpabilidad de la procesada. A continuación, anota:

> […] prevarica el miembro de la carrea judicial jurisdiccional que hace pasar como derecho algo que positivamente sabe que no lo es, aquel que funda su decisión en hecho o resolución que sabe que va en contra de la normativa y quiere hacerle pasar por legítimo o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que, para una parte, pueda tener, es decir, que nuestra norma establece como prevaricato no solo el fallo en contra de ley expresa que ocasione daño a un sujeto procesal, sino que también considera prevaricato proceder en contra de normas procesales, que como hemos indicado son consideradas de derecho público y por tanto no admiten interpretación. Pues, que interpretación requiere la norma dispone que en las causas sentenciadas el juez que dictó el fallo pierde competencia y además ordena a los jueces que una vez sentenciada la causa esta no podrá ser modificada (deja sin valor al nulitarla) su fallo evidentemente actúa en contra de norma expresa del Art. 100 y emite un auto de nulidad que no es de su competencia como lo establece el Art. 111 del COGEP, pues esta potestad de emitir una nulidad procesal una vez dictada la sentencia es exclusiva del juzgador de Alzada.

La decisión impugnada dice también:

> […] no solamente en sentencias puede prevaricar un juzgador, sino que se lo puede hacer mediante cualquier auto cuyo contenido sea decisorio y que afecte a los derechos de los justiciables o a la colectividad en general. […] es el caso del auto de nulidad dictado sobre una sentencia, auto que evidentemente no solo constituye una providencia de mero trámite o una mera formalidad que no afecta el proceso, aquella nulidad procesal dictada como es sabido lo que hace es dejar sin efecto todo acto procesal posterior a la declaratoria de nulidad, en el caso se deja sin efecto la sentencia dictada la que es inamovible en su resolución, pero a pesar de ello y de manera consciente de lo que se hacía la señora jueza nulitó el proceso luego de haberlo sentenciado.

Más adelante existen una cita de obra académica, parte de la sentencia dictada por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el proceso No. 17711-2015-0781; así como otras citas y normas que, entendemos innecesario transcribir, pero llevan a la Sala de apelación a entender cuáles son los presupuestos del delito y porque consideran que la conducta de la procesada efectuada en el proceso civil ejecutivo No.01333-2017-00866 es constitutiva de delito. Al margen del acuerdo o desacuerdo que esta Sala pueda tener con el análisis efectuado por la Sala de apelación, respecto de la interpretación de la ley penal, o la adecuación de la conducta de la procesada a esos presupuestos, no podemos negar que se realiza una exposición de normas y razones que, en posición

de los jueces recurridos, los lleva a confirmar la sentencia de instancia.

Las reflexiones anotadas, nos llevan a desestimar el cargo.

5.2. Facultad de casación de oficio por la Sala de este Alta Corte.

El Código Orgánico Integral Penal prescribe:

> **Art. 657.** El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: […] 6. *Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá*. (Énfasis añadido).

Como se ha dejado constancia en otra oportunidad, la mera lectura de esta norma permitiría a la Sala proceder con la casación de oficio; sin embargo, estimamos importante exponer algunas reflexiones sobre esta institución regulada por el legislador.

El principio dispositivo es uno de los elementos configuradores del sistema oral (Art. 168.6 CRE); y, por su aplicación, los jueces tenemos determinado un ámbito de decisión en función de las alegaciones expresadas por las partes o sujetos procesales, debiendo resolver aceptándolas o rechazándolas (Art. 19 COFJ)[16]. No obstante, no se trata de un mandato absoluto, sino de una regla general que admite excepciones, como ocurre en el derecho penal.

Desde una perspectiva general, podemos encontrar una justificación histórica. En la Francia revolucionaria de 1790 se instituyó el Tribunal de Casación, cuya posición le situaba en la cima de la jerarquía judicial y tenía como misión el controlar la actividad jurisdiccional de los jueces inferiores, así anular las sentencias que eran contrarias a la ley; sin embargo, su carácter de órgano instrumental situado entre el poder legislativo y el judicial se limitaba a casar las sentencias que consideraba contrarias a la ley y ordenar el reenvío del proceso para un "nuevo juicio". Posteriormente, el sistema francés determina la eficacia de la interpretación de la Corte instituyéndose una función de unificación para el cumplimiento del derecho objetivo.

Entonces, si el recurso de casación constituye un mecanismo de control de correcta aplicación de la ley a los hechos probados, debemos estar conscientes que, si el rechazo del recurso se determina por la inadecuada fundamentación del recurrente, el propósito de la institución en sí mismo perdería su eficacia.

En un ámbito más específico, la ruptura del principio dispositivo en el derecho penal radica en el efecto de la sentencia penal sobre los derechos individuales, particularmente sobre el derecho constitucional a la libertad. Se entiende que, si la Sala de casación está llamada a corregir los errores de derecho, una sentencia fundada en un error de derecho, no sólo resulta contraria a la ley, sino que podría incurrir en una afectación ilegitima de los derechos del justiciable.

La Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial (Art. 178.1CRE); y, en atención a dicho estatus, tanto el constituyente como el legislador, han establecido diferentes facultades y atribuciones, entre ellas, las de conocer y resolver los recursos de casación a través de sus Salas especializadas (Art. 184.1 CRE). Pero, no se trata de una facultad ilimitada. La propia ley determina el escenario en el que la Sala puede casar de oficio la sentencia impugnada y corregir el error incurrido: *cuando se haya violado la ley, pero la fundamentación del recurrente sea equivocada*, es decir para ejercer dicha facultad, no se prescinde de la carga argumentativa del recurrente sino únicamente de la precisión que exige la técnica casacional. La corrección del error de derecho no debe quedar limitada porque el recurrente se haya equivocado en identificar la modalidad de violación del derecho.

Para tal efecto, debemos hacer notar que habida cuenta de la naturaleza extraordinaria del recurso, no le corresponde a esta Sala modificar los hechos probados, ni efectuar una revalorización de las pruebas por las cuales el órgano recurrido haya considerado probado o no los hechos materia del proceso; pues, tal cuestión constituye un límite infranqueable.

Esta Sala advierte, conforme la fundamentación oral, que la recurrente cuestiona la aplicación del artículo 268 del COIP a los hechos del caso; esto es, la adecuación de la conducta a la tipicidad que

[16] El Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: "Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley".

deriva de esta norma.
En el presente caso, la lectura del voto de mayoría dictado por la Sala de Apelación no contiene un considerando especifico donde se establezcan los hechos probados; cuestión que constituye un incumplimiento de las normas procesales, pues la sentencia debe contener " [l]a relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas." (Art. 622.2 COIP). En otras palabras, la sentencia tanto de instancia como de apelación debe contener una delimitación de la acusación y determinación de hechos probados, de preferencia de forma individualizada.
De la lectura integral de la sentencia, podemos establecer los siguientes hechos probados:
Con fecha no establecida la Cooperativa Jardín Azuayo presentó una demanda ejecutiva que dio lugar al proceso civil No. 01333-2017-00866 y fue sustanciado en la Unidad Judicial Civil del cantón Cuenca, donde la procesada ejercía las funciones de jueza. Con fecha no determinada, la parte demandada dio contestación a la demanda y propuso excepciones; la jueza procesada, el 30 de junio de 2017 dictó una providencia considerando la comparecencia de la parte demandada; y, posteriormente tuvo en consideración las actas de citación de los demandados. El secretario del despacho sentó una razón errada; y, considerando la misma, el 2 de octubre de 2017[17], la procesada dictó una sentencia "conforme lo dispone el Art. 362 del COIP [COGEP]". En fecha no establecida, por la parte demandada se presentó escrito por el cual se interpone recurso de apelación, la jueza procesada no resolvió el recurso interpuesto, sino que ordenó sentar una nueva razón; y, el 6 de octubre de 2017 declaró la nulidad procesal. El 4 de diciembre de 2017, la procesada dictó, lo que la Sala de apelación denomina "segunda" sentencia y posteriormente la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dictó un auto de nulidad.
No corresponde a esta Sala examinar, si el órgano judicial recurrido ha establecido probado o no de forma correcta tales hechos, pues debemos insistir que carecemos de facultad de valoración probatoria o modificación de los hechos probados, siendo que tal facultad le corresponde primariamente al Tribunal de juicio y su control a la Sala de apelación. La razón de ser de tal proscripción radica, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, en que el juzgamiento se efectúa por los Tribunales de juicio y apelación; y, las Salas de la Corte Nacional de Justicia limitan su ámbito de acción al control sobre la aplicación del derecho.
Teniendo probados tales hechos, conforme se ha extraído de la decisión impugnada, debemos examinar si la conducta ejecutada por la procesada satisface la tipicidad exigida por la ley penal.
Respecto de la tipificación del delito, el Código Orgánico Integral Penal prescribe:

> **Art. 268. Prevaricato de las o los jueces o árbitros.** Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Debemos recordar que, conforme las reglas de interpretación que rigen en materia penal, respecto de los tipos penales el juez tiene un ámbito estricto o limitado (Art. 13.2 COIP); esto significa, que la conducta delictual, no es más que aquella prevista por el legislador, sin que el juez pueda extender los elementos definidores de la descripción legislativa, prescindiendo de sus elementos estructurales.
También debemos señalar que, el juez al realizar la interpretación debe considerar los derechos previstos en la Constitución de la República o los instrumentos internacionales de derechos humanos

[17] La fecha en que se habría dictado esta sentencia por la procesada no es uniforme en el fallo recurrido. En la mayoría de veces que se hace alusión a la " primera sentencia" , considerandos segundo, cuarto y sexto se afirma que fue el " 2 de octubre de 2017" ; pero, en el párrafo final del considerando sexto se concluye que está probada la materialidad de la infracción con " una sentencia emitida el 2 de octubre de 2016 la misma es emitida conforme lo dispone el Art. 362 del COIP" . Sin embargo, leída íntegramente la sentencia recurrida, establecemos que la decisión se dictó el 2 de octubre de 2017.

(Art. 13.1 COIP), pues ello constituye una garantía de la persona; y, para el caso de establecer si la conducta enjuiciada satisface la tipicidad legislativa, debe considerarse esencialmente el principio de legalidad (Art. 76.3 CRE y 9 CADH).

Aquí conviene recordar que, una reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, el principio de legalidad exige " […] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales."[18]; y, de forma más reciente, ha indicado que puede vulnerarse el principio de legalidad, " […] al no precisarse las conductas imputadas y limitarse a mencionar los tipos legales en los autos cabeza de proceso por los delitos de enriquecimiento ilícito y conversión y transferencia de bienes, [de manera que] no era posible determinar si esas conductas encuadraban "prima facie" en dichos tipos penales […]"[19].

Lo que debemos dejar claro, conforme estas normas y estándares es, que la decisión judicial debe efectuar un examen detallado que no sólo identifique el derecho aplicable con la conducta y explique su adecuación, sino primariamente el ámbito o significado que el delito tiene desde el punto de vista de ley, pudiendo resultar insuficiente únicamente el señalamiento de la norma o artículo que regula o tipifica el acto.

Sobre el delito acusado en este caso, el legislador lo ha denominado *prevaricato.* Desde la perspectiva lingüística, tal expresión proviene del verbo prevaricar, cuyo significado acudiendo al Diccionario de la Lengua española se identifica como: "Hacer un empleado público una cosa contraria a la justicia en las resoluciones propias de su cargo, conscientemente o por ignorancia inexcusable."

Ahora bien, esta definición gramatical de la expresión prevaricar no puede ser trasladada automáticamente a la determinación de la conducta sancionada por el legislador, ya que como señalamos, la determinación del delito o infracción penal viene prevista por la ley; pero, no podemos dejar hacer notar que prevaricar, incluso desde este punto de vista, tiene relación con el sentido de las decisiones o el proceder de una persona en relación con el ejercicio de sus funciones.

Continuando con el análisis, identificamos que esta norma determina dos agentes susceptibles de incurrir en el delito; de manera que, la posibilidad de cometer la conducta viene determinada por la acreditación de ser miembro de la carrera jurisdiccional o árbitros en derecho. Las personas que no reúnan esta calidad no satisfacen la exigencia legal de sujeto activo de la infracción.

Consideramos que la determinación del sujeto activo no representa ningún problema de determinación y es una cuestión objetiva, ya que el Código Orgánico de la Función Judicial determina que tienen la calidad de jueces "[q]uienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional" (Art. 42.1); y, para el caso de los árbitros debemos remitirnos al artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Sobre la *delimitación de la conducta*, la redacción legislativa parece sugerir que, los árbitros en derecho incurren en prevaricato cuando "fallen contra ley expresa, en perjuicio de las partes;", porque tales expresiones se usan a continuación de su individualización; por su parte, los miembros de la carrera jurisdiccional cometerían el delito cuando "procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas", ello debido al uso de los signos de puntuación; y, el último supuesto, sería cuando el juez o arbitro conozcan procesos en las que antes han intervenido en alguna calidad concreta.

También podría sostenerse que cada uno de estos supuestos se aplican de forma indistinta y aisladamente a los árbitros en derecho y miembros de la carrera jurisdiccional.

Esta es, en buena medida, la interpretación efectuada por el voto de mayoría del Tribunal Adquem, pues su motivación se decanta por establecer que la tipicidad del prevaricato no exige perjuicio a las partes; y, por ello entiende que la conducta de la procesada se adecúa a la infracción.

Consideramos que dicha interpretación no es correcta o al menos aceptable. Es cierto, que la

[18] Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, entre otras.
[19] Caso Montesinos Mejía vs Ecuador, sentencia de 27 de enero de 2020.

redacción dada por el legislador no es la más apropiada para excluir supuestos inadecuados, ya que el uso del lenguaje o empleo de signos puede orientarnos, en ocasiones como esta, a un escenario inexacto y generar con ello inseguridad, en lugar de certeza.

Consideramos que, si el delito de prevaricato se aplica en el primer sentido, se dotaría a la norma de un significado que no le corresponde, pues existirían supuestos que se aplicarían exclusivamente a los miembros de la carrera jurisdiccional y otros a los árbitros en derecho; no obstante, ello obligaría a prescindir de que el delito de prevaricato se encuentra tipificado para ambos sujetos activos, siendo claro que el legislador ha considerado que se encuentran en situaciones equiparables. Si se aplica la norma de esta forma, los árbitros sólo podrían incurrir en el delito fallando y los miembros de la carrera jurisdiccional en la sustanciación de las causas; la respuesta resulta, sin duda, inviable.

Por otra parte, si la norma se aplica en el segundo sentido, incurrirían en el delito de prevaricato tanto los árbitros y los jueces de carrera en varias situaciones, como son fallar contra norma expresa, generar perjuicio a las partes, proceder contra la ley expresa en la sustanciación de las causas o por conocer la causa habiendo ejercido una calidad concreta. Estimamos, que tampoco es una determinación correcta; pues el delito de prevaricato no constituye un mecanismo de corrección de las decisiones o proceder de los jueces o árbitros, sino una infracción que se orienta a sancionar la arbitrariedad dolosa.

Entendemos que el prevaricato se comete cuando los jueces de carrera o los árbitros en derecho, fallan o deciden un asunto contra ley expresa, sustancian el proceso haciendo lo que prohíbe la ley o dejando de hacer lo que manda o conocen cuando previamente han intervino en otra calidad, siempre que dicha conducta material se ejecute en *perjuicio de las partes*.

No podemos hacer una desconexión de los elementos que prevé el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal, ya que este delito no sanciona la mera inobservancia de normas procesales o de derecho sustantivo al adoptar una decisión –fallar– o sustanciar el proceso; tampoco creemos que pueda incurrirse en la conducta típica en situaciones o escenarios donde el ordenamiento jurídico aplicable es sumamente discutible. Debemos tener claro, que la conducta que contiene una decisión o la sustanciación deben consistir en un auténtico comportamiento arbitrario, que se ejecuta con la finalidad de prescindir del ordenamiento jurídico para satisfacer intereses ajenos al ejercicio de la jurisdicción que le corresponde al juez de carrera o al árbitro en derecho.

Al respecto, esta Sala ha referido con anterioridad que " […] puede existir equivocación y no todo error deberá ser considerado delito, sino todos los fallos que son reformados o revocados por un tribunal de alzada deberían producir el inicio de un juicio de prevaricación[20].

Coincidimos con el voto de mayoría, respecto de que el juez no solo puede incurrir en prevaricato al dictar sentencias, sino también en decisiones de otra naturaleza como las de carácter procesal; sin embargo, también debemos clarificar que, la ley exige que esa conducta consista en apartarse del ordenamiento jurídico, esto es, prescindir de la aplicación de las normas con la finalidad de perjudicar a las partes.

Por otra parte, debemos considerar también que este comportamiento debe ser siempre doloso (Art. 26 COIP), de manera que la intención del juez o del árbitro en derecho al decidir, sustanciar o conocer el asunto sea un auténtico desconocimiento del Estado constitucional, tratando de situar su mero voluntarismo sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

No es posible admitir una interpretación contraria, en el sentido de que cualquier incorrección en el fallo, inobservancia legal del procedimiento aplicado o conocimiento de un asunto por parte de los jueces o árbitros sea constitutiva de delito de prevaricato; pues, por el principio de mínima intervención penal, debemos tener claro que la vía penal "está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales." (Art. 3 COIP). Aunque este principio se encuentra previsto en el artículo 195 de la Constitución de la República como un elemento dinamizador

[20] Proceso No. 17721-2016-00320, Sentencia de apelación por fuero, de 31 de mayo de 2017.

del ejercicio de las facultades de la Fiscalía General del Estado; y, desde el punto de vista doctrinario, se encuentra dirigido al legislador para efectuar un análisis de proporcionalidad abstracto para determinar lo que merece ser tipificado penalmente, de aquello que no; entendemos que el juez no está exento de su aplicación para examinar la tipicidad de la conducta concreta acusada como delito.

Estando claro que la conducta material del delito de prevaricato es un comportamiento del juez o árbitro consistente en fallar, sustanciar o conocer un asunto prescindiendo de la aplicación del ordenamiento jurídico que lo regula, estimamos necesario determinar lo que debe entenderse respecto de las expresiones usadas por la ley "*en perjuicio de las partes*", debido a que se trata de un elemento trascendente del tipo penal.

En sentido gramatical, la RAE señala que perjuicio consiste en el "efecto de perjudicar" ; y, ello nos relega a su significado, que se entiende esencialmente como "ocasionar daño o menoscabo material o moral". Desde la perspectiva de la semántica, entendemos que la expresión *perjuicio* no sólo es amplia, sino también ambigua; sin embargo, esto no significa que carezca de determinación objetiva para los efectos del tipo penal y deba aplicarse subjetivamente.

La propia ley determina que el comportamiento típico debe ejecutarse *en perjuicio de las partes*, de manera que su concepto no debe ser empleado de forma aislada; así, cuando prescribe la concurrencia de perjuicio como elemento del tipo penal, la ley no se refiere exclusivamente a una afectación económica, cuantificable y expresada en dinero como pareció sugerir la defensa de la procesada en la audiencia de fundamentación del recurso.

Nos referimos a un concepto más amplio, donde el juez o árbitro decida, sustancie o conozca el proceso arbitrariamente, teniendo la finalidad de perjudicarle a una de las partes al privarles del procedimiento legalmente previsto, al adoptar una decisión en favor de la otra parte en contra de la ley e incluso negarle la razón en contra de la ley. Nada más errado, como sostuvo la parte recurrente, que la ausencia de afectación económica implica inexistencia de un elemento del tipo penal; ya que, pueden existir hechos en los cuáles al margen de tal afectación la conducta se haya ejecutado en perjuicio de las partes.

La Sala de este Alto Tribunal anteriormente ya ha referido que la conducta del prevaricato esta "constituida por el verbo rector fallar "contra ley expresa" en perjuicio de una de las partes procesales, […]"[21]; y, consideramos oportuno ratificarnos en la necesidad de perjuicio, en los términos y con las precisiones que hemos señalado. No obstante, queremos también clarificar que fallar contra ley expresa constituye tan sólo una de las formas en que ocurre el prevaricato, más no el único, ya que la norma penal prevé también que puede incurrirse al sustanciar el proceso o conocerlo, siempre que concurran determinadas calidades; así, el objeto material del delito, no es exclusivamente el fallo.

Esta dimensión del perjuicio tiene relación con el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato, como es la correcta de administración de justicia, ya que se encuentra previsto dentro de los delitos contra la tutela judicial efectiva (Capítulo Quinto, Sección Primera).

La tipificación del delito de prevaricato no puede entenderse como una violación del principio de independencia judicial (Art. 168.1 CRE), sino que deriva de la naturaleza del Estado constitucional y de las exigencias de una sociedad democrática (Art. 1 CRE), que determina la necesidad de sancionar penalmente la conducta arbitraria ejecutada por un miembro de la Función Judicial. En tal perspectiva, si toda persona tiene derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses (Art. 75 CRE), el juez o el árbitro debe decidir o proceder en función del derecho aplicable, pues el ejercicio de la jurisdicción no constituye una salvaguarda para cualquier comportamiento.

La jurisprudencia precedente de esta Sala como máximo órgano de justicia ordinaria, aunque refiriéndose a la tipificación prevista en el Código Penal, pero no por ello inaplicable en la actualidad, ha señalado que el bien jurídico protegido "comprende un doble plano conceptual: **a)** el deber de magistrado de no resolver en forma antijuridica, es decir, de someter sus decisiones jurisdiccionales al amparo estricto del ordenamiento jurídico, preservando la objetividad imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional; y, **b)** la

[21] Proceso No. 17721201600320, sentencia de fuero primera instancia, de 28 de octubre de 2016.

seguridad jurídica que debe revestir la administración de justicia en el estado de derecho como una forma de garantizar la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico […]"[22].

Este entendimiento del delito de prevaricato, desde luego, no resulta aislado y exclusivamente nuestro. Al margen de la redacción que el legislador haya dado en cada país, el Tribunal Supremo español ha señalado que el delito de prevaricación puede cometerse cuando "[…] la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, […], pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba […]"[23].

También ha precisado que el delito " […] no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor *de la validez del derecho o de su imperio* y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho […] una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa de tal apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho […]"[24] (énfasis añadido).

En la misma perspectiva, ha expresado que " [e]n un sistema democrático […], el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, […]"[25].

Estamos conscientes que estas reflexiones no son automáticamente trasladables a nuestro sistema penal, pues están dadas en función de la regulación legal respectiva. Pero, también debemos hacer notar que existen elementos estructurales coincidentes con la naturaleza de la conducta prevaricadora desde la perspectiva del derecho penal.

De acuerdo con lo expuesto, procedemos a analizar si los hechos declarados probados por la Sala de apelación se adecuan al delito de prevaricato.

Está claro que la procesada señora Sonia Patricia Rodal Arbito tiene la calidad de sujeto activo de la infracción, ya que se trata de una persona que ejercía, al momento de ejecutar la conducta, la función de jueza de primer nivel en la Unidad Judicial Civil de Cuenca. La resolución impugnada considera probado ese hecho con el nombramiento y en atención a la prueba documental del proceso ejecutivo donde constan las decisiones que adoptó.

Ahora bien, advertimos que no consta claramente delimitada la determinación de la conducta prevaricadora; y, por ende, constitutiva de la infracción penal. Es verdad que, el Tribunal Adquem declara probado que la procesada adoptó diferentes decisiones en su calidad de jueza de primer nivel al sustanciar el proceso ejecutivo No. 01333201700866 en la Unidad Judicial Civil de Cuenca; y, al margen de que no nos corresponde evaluar en esta sede lo correcto o incorrecto de esta valoración probatoria, tenemos presente que esa determinación se basó tanto en la aceptación de los hechos por parte de la propia procesada, así como en prueba documental que así lo acredita.

Sin embargo, si tenemos presente que el delito de prevaricato consiste en la ejecución de una conducta por parte del juez en perjuicio de las partes; y, la misma puede ejecutarse en diferentes modalidades, como son fallar contra ley expresa, sustanciar la causa haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda y conocer la causa que patrocinaron en calidad de abogados o procuradores; en este caso no se ha especificado si se trata de una decisión que se adoptó contra ley expresa o el prevaricato se cometió por sustanciar el proceso. Entendemos que, no le corresponde al juez identificar cual es la conducta prevaricadora, sino que es la acusación quien debe delimitarla.

Claro que la decisión impugnada adscribe a la procesada la autoría de un suceso de hechos materializados en el proceso que conoció, pero no

[22] Resolución No. 1832017, Proceso No. 03152016, sentencia de 23 de noviembre de 2017.
[23] Sentencia No. 4087/1996, de 4 de julio de 1996.
[24] Sentencia No. 6389/1999, de 15 de octubre de 1999.
[25] Sentencia No. 79/2012, de 9 de febrero de 2012.

llega a determinar si la conducta típica es haber dictado la sentencia de 2 de octubre de 2017, sin considerar a la parte demandada pese a que dictó la providencia que antes tuvo en cuenta su comparecencia; la providencia de 5 de octubre de 2017, luego de que la parte demandada interpone recurso de apelación, donde ordenó sentar una nueva razón; el auto de 6 de octubre de 2017 que dictó la nulidad pese a que ya existía sentencia o la nueva sentencia de 4 de diciembre de 2017. Aunque una lectura integral del fallo parece identificar que el comportamiento delictual está dado por el conjunto de hechos posteriores a la sentencia de 2 de octubre de 2017.

Pero ese análisis, por la decisión recurrida, no satisface las exigencias del principio de legalidad y la tipicidad penal de la conducta. En su extenso análisis del trámite cumplido en el caso subyacente, el Tribunal Adquem determina que el comportamiento de la procesada, materializado en distintas decisiones adoptadas durante su sustanciación, fue contrario a lo previsto en los artículos 100, 112 del Código Orgánico General de Procesos, indica que no procedió conforme los artículos 257 y siguientes del COGEP que regulan la apelación; incluso se cita jurisprudencia referente a nulidad procesal que llevarían a concluir que existió delito al adoptar tales decisiones.

Como ya hemos dicho, la sola incorrección material del fallo o las inobservancias procesales por sí mismas no son constitutivas de delito de prevaricato, sino el apartamiento deliberado y arbitrario del ordenamiento jurídico, ejecutado por el juez para perjudicar a una de las partes. Aquí, ni siquiera se aprecia que se haya acusada tal apartamiento con la finalidad de perjudicar a las partes del proceso ejecutivo.

La ausencia de tipicidad de la conducta, en el sentido de que las decisiones dictadas y su comportamiento procesal en sentido general no se ejecutó con la finalidad de perjudicar a las partes, perjuicio que debe entenderse en la dimensión fijada en líneas anteriores aquí, hace innecesario continuar con el análisis.

Por último, entendemos que, ciertamente, la conducta de la procesada es inadecuada e improcedente para la sustanciación del proceso; no obstante, también consideramos que ese examen de incorrección por sí solo carece de relevancia penal en aplicación del principio de mínima intervención, pues existen otras normas del ordenamiento jurídico, como es la infracción administrativa de intervenir en el proceso con error inexcusable o incluso negligencia manifiesta que sancionan el comportamiento profesional inaceptable del juez en relación con el ejercicio de sus funciones (Art. 109.7 COFJ). De hecho, consideramos que, cuando se presenten hechos que denoten el mero desconocimiento del derecho, la vía adecuada para corregir esos comportamientos o sancionarlos es la administrativa.

Por las consideraciones expuestas, conforme lo dispuesto en el artículo 656, 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito y Crimen Organizado 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**, resuelve:

6.1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por SONIA PATRICIA RODAL ARBITO, por cuanto la sentencia recurrida no ha vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la motivación del fallo.

6.2. De oficio, casar la sentencia dicta por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Azuay; y, conforme en análisis efectuado en el numeral 5.2 de este fallo, corrigiendo el error de derecho incurrido por la sentencia impugnada por indebida aplicación del artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal, ratifica el estado de inocencia de la señora SONIA PATRICIA RODAL ARBITO, revocando las medidas cautelares personales y reales impuestas en su contra con efecto inmediato.

6.3. Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. **HÁGASE SABER**

f) Dr. Walter Samno Macias Fernández, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Luis Antonio Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *17721-2017-0108*
Resolución Nro. *587-2021*
Fecha: *viernes 23 de julio del 2021, las 15h26*

TEMA: Verificación de los elementos constitutivos de cada delito cuando existe concurrencia de varios.

ASUNTO

Fiscalía plantea acción penal pública en contra de Franklin Eduardo Vera Collahuazo, Rigoberto Vera Narváez, Edgar Armando Vera Narváez y Edwin Ramiro Narváez Vera, por la concurrencia de los delitos de robo con resultado de muerte y violación, contemplados en los artículos 512, 550 y 552 numeral 4, inciso último, del Código Penal, en razón de que los procesados, al haber conocido que el señor Gordón habría recibido dinero de la venta de un terreno y de ganado, ingresan a su casa, lo someten a él y su familia, en especial a su padre, a quién lo ultrajan salvajemente ocasionando su muerte, abusan sexualmente de una niña menor de 14 años y roban un monto de once mil doscientos dólares.

En el presente caso, se discute la necesidad de que se verifiquen los elementos constitutivos de cada uno de los delitos, cuando existe concurencia de varios en un solo hecho.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, determina que Fiscalía y la acusación particular presentaron como medios probatorios los testimonios de las personas agredidas, sin embargo, a su criterio, éstos no fueron unívocos, concordantes ni conducentes hacia una sola conclusión, sino más bien contradictorios entre sí. Asimismo, el tribunal determina que los acusados, en sus testimonios, han dicho la verdad sobre no tener nada que ver con el presente caso.

En virtud de ello, por el principio de presunción de inocencia, el tribunal resuelve ratificar el estado de inocencia de los procesados y dispone su inmediata libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura analiza el recurso de apelación interpuesto por el acusador particular y Fiscalía y determina que todos los testimonios de las víctimas son verídicos, pues identifican claramente a los procesados. La Sala considera que la finalidad delictiva tiene que ser apreciada por el resultado, esto es el robo de un bien, la muerte de una persona y la agresión sexual, por lo que existe una concurrencia de acciones delictivas.

En ese sentido, la Sala acepta el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia subida en grado y en su lugar declara la culpabilidad de los procesados por los delitos tipificados y sancionados en los artículos 512, 550 y 552 numeral 4, inciso último, en concordancia con el artículo 81 numeral 6 del Código Penal, imponiéndoles la pena privativa de libertad de veinte y cinco años y el pago de indemnizaciones.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2017-0108

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, viernes 23 de julio del 2021, las 15h26.
VISTOS:
1. ANTECEDENTES:
El 23 de julio de 2013, las 08h21, el Tribunal Primero de Garantías Penales, con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, ratificó el estado de inocencia de los procesados Franklin Eduardo Vera Collahuazo, Rigoberto Vera Narváez, Edgar Armando Vera Narváez y Edwin Ramiro Narváez Vera.
Inconformes con el fallo del *a quo*, tanto el acusador particular Lucio Leonidas Gordón León, como el agente fiscal Dr. Giovanny Jiménez, interpusieron recursos de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia de Imbabura.
El 11 de noviembre de 2016, las 15h54, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, aceptó las apelaciones, revocó el fallo subido en grado y dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados Franklin Eduardo Vera Collahuazo, Rigoberto Vera Narváez, Edgar Armando Vera Narváez y Edwin Ramiro Narváez Vera, por considerarles autores del "delito tipificado y sancionado en los Arts. 512, 550, 552 numeral 4 inciso último", del Código Penal (en adelante CP); en tal virtud, les impuso la pena de veinte y cinco años; además, a manera de "restitución" , el *ad quem* ordenó el pago de USD. $ 11.200 y como "indemnización" el pago de USD. $ 20.000, a cada uno de los sentenciados.
Respecto de la sentencia del *ad quem*, los procesados Franklin Eduardo Vera Collahuazo, Rigoberto Vera Narváez, Edgar Armando Vera Narváez y Edwin Ramiro Narváez Vera plantearon sendos recursos de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.
Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio de fundamentación de los recursos de casación, siendo el estado procesal, el de reducir la sentencia por escrito, se lo hace en los siguientes términos:

2.- COMPETENCIA:
La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).
La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 0082021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 042021, de 14 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, así como por las doctoras Mercedes Caicedo Aldaz y Rita Bravo Quijano, Conjuezas Nacionales, en reemplazos de los señores doctores Byron Guillén Zambrano y Walter Macías Fernández, Jueces Nacionales, respectivamente.
3.- VALIDEZ PROCESAL:
El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP), aplicable al *sub iudice*, en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.
4.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:
4.1. Fundamentación del recurso del procesado Rigoberto Vera Narváez:
La Abg. María Páez Lasso, Defensora Pública, en representación del procesado recurrente Rigoberto Vera Narváez, en síntesis, manifestó que:
La sentencia que recurre es la emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, de 11 de noviembre del 2016, las 15h54, en la cual, se revocó un fallo de absolución de su representado y se le declaró culpable en calidad de autor

de los delitos previstos en los artículos 512, 550, y 552.4, inciso último, del CP; en cumplimiento al principio de taxatividad, el cargo casacional que fundamenta, es la contravención expresa del artículo 76.7.l de la CRE, debido a que la sentencia impugnada carece de motivación. En este sentido, para que una sentencia esté debidamente motivada debe cumplir tres requisitos fundamentales: razonabilidad, lógica y comprensibilidad; la sentencia impugnada omite los requisitos de la razonabilidad y la lógica, en el considerando noveno, ya que no existe coherencia, las premisas que componen los argumentos resultan insuficientes para justificar sus conclusiones; el error de derecho se encuentra identificado en el último inciso de la parte final del considerando noveno, porque no se ha individualizado la conducta que realizó cada persona procesada, todo lo cual, también incide para que tampoco haya comprensibilidad.

La defensora pública solicitó que se acepte el cargo y se declare la nulidad constitucional de la sentencia impugnada.

4.2. Fundamentación del recurso de los procesados Edgar Vera Narváez y Edwin Narváez Vera:

El Dr. Juan Andrade, en representación de los procesados recurrentes Edgar Vera Narváez y Edwin Narváez Vera, en resumen, señaló que:

La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, de 11 de noviembre del 2016, las 15h54, el cargo casacional radica en la indebida aplicación del artículo 42 del CP, " esto es la participación de mis patrocinados", como autores "del delito sentenciado" , el error se encuentra en el considerando noveno de la sentencia recurrida, cuando se condena en el "grado de autores a todas las cuatro personas" , sin considerar que " dentro de esta misma causa existe ya una quinta persona el señor Luis Roberto Vera Narváez, sentenciado por el Tribunal con fecha 7 de diciembre del 2016, a las 14h20, imponiéndole una pena de 25 años de reclusión mayor especial" , en tanto que el acusador particular Luis Gordón León y la señora María León León hablan que fueron "cuatro sujetos quienes ingresaron a su propiedad" y " ahora tenemos cinco personas que han participado en estos hechos".

La defensa agregó que de forma subsidiaria solicita que se declare la nulidad de la sentencia de alzada, por falta de motivación, "conforme lo determina el artículo 76.7.l de la CRE, en concordancia con el artículo 11.3 *ibídem*, al no estar provista de lógica, comprensibilidad y razonabilidad, porque "cómo se puede haber sentenciado a cuatro personas específicamente a mis dos patrocinados como autores de un delito de robo agravado y de una supuesta violación", a partir de una conexidad de delitos, cuyo móvil fue el robo del dinero, en tal virtud, no se aplicaron los artículos 41 del CP y 310 del CPP.

La defensa pidió que se acepte el recurso de casación interpuesto y se ratifique el estado de inocencia de sus defendidos, "toda vez que esta sentencia violentó toda su seguridad jurídica".

4.3. Fundamentación del recurso del procesado Franklin Vera Collahuazo:

El Dr. Oswaldo Chávez, en representación del procesado Franklin Vera Collahuazo, en suma, dijo que:

La sentencia impugnada es la dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, de 11 de noviembre del 2016, las 15:54, por indebida aplicación de los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 123, 124, 125, 126, 250, 252 y 312 del CPP, "normas pertinentes a las reglas relativas y a la sana crítica" , lo cual, ha producido que se vulnere el debido proceso garantizado en el artículo 76.3, 4 y 7.e de la CRE y el artículo 1 del "Reglamento de la Policía". Asimismo, el fallo de alzada no se encuentra motivado, por cuanto en el considerando noveno consta que fueron cuatro los asaltantes, quienes estaban vestidos con ropa de policías, sin embargo, la "testigo María Cecilia León, ha identificado a uno de los asaltantes en el Centro de Privación de Libertad de la ciudad de Ibarra, considerando esta diligencia como prueba apta y suficiente para poder identificar a los participantes del delito y establecer su culpabilidad", lo cual, no fue así, porque inclusive el fiscal de la causa, quien presentó dictamen abstentivo a favor de su defendido, "expresó que dicha diligencia era innecesaria e impertinente", por lo tanto, se violó el Art. 76.8 de la CRE, pues además, la misma señora dentro de la audiencia de juicio "no pudo reconocer a mi defendido, a pesar de que se encontraba a menos de un metro de distancia", en tal virtud, también se vulneró el Art. 124 del CPP.

La defensa añadió que el fiscal "en vez de haberse inhibido de conocer la causa por haber emitido un dictamen abstentivo a favor de mi defendido,

presenta un recurso de casación incluyéndole a mi defendido Franklin Vera Collahuazo, cuando dicho fiscal ya fue relevado de la defensa" lo cual, vulneró los artículos 277.4 del CP, 572 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y 226.3 del CPP.
La defensa solicitó que se declare la nulidad de la sentencia de apelación, por falta de motivación, de acuerdo al artículo 76.7.l de la CRE y "se confirme la inocencia de mi defendido por haberse contravenido las normas expuestas al inicio de mi intervención".

4.4. Contradicción:

4.4.1 Fiscalía General del Estado:

La Dra. Paulina Garcés Cevallos, en representación de la Fiscalía General del Estado, en resumen, subrayó que: En torno al tercer recurrente, "no ha existido un recurso casacional, ha centrado todo su argumento en las actuaciones de los agentes fiscales", que son sujetos procesales, no administradores de justicia, por tanto, su posición no genera un error de derecho; incluso el recurrente señala que se ha violado algunas normas del COIP, "que ni siquiera es aplicable a este caso"; también se refirió a "temas probatorios que no son materia ni esencia del recurso de casacional", dio una enumeración de normas violadas, pero "era su obligación establecer cómo se violó cada una de ellas", también señaló como norma vulnerada el "artículo 1 de un reglamento", pero los temas reglamentarios no son materia casacional, razón por la cual, en relación al recurso presentado por el señor Franklin Eduardo Vera Collaguazo, solicitó que sea rechazado "porque no hubo ningún argumento casacional".
La representante de Fiscalía añadió que en relación a los impugnantes Edgar Vera y Edwin Narváez, que "han estimado que se ha violado la ley, por falta de motivación", no se han cumplido los principios de taxatividad, autonomía y trascendencia, pues no se ha podido sostener cuál es el argumento casacional y como este ha generado una falta de motivación, asimismo, el primer recurrente también señaló que hay error en el considerando noveno de la sentencia, pero no ha leído que a partir de aquel considerando, la "Sala ha hecho un análisis y valoración sobre cada tipo penal" , este fue un delito grave que "consternó a la población de Imbabura y al país entero", porque es un caso de un " grupo de personas que ingresan a una casa o un domicilio, a una reunión familiar, violan a una niña, asesinan a un anciano que estaba dormido porque estaba borracho, y, luego atan a todas las personas, los golpean y les roban un dinero"; el tribunal de forma motivada ha expuesto las pruebas en que se sustenta para poder justificar que hubo una "concurrencia de infracciones".
La representante de Fiscalía remarcó que la casación no permite hacer una revisión probatoria, que es el argumento que plantean todos los recurrentes, además, el delito "es uno en su objetividad y es múltiple en cuanto a la participación de quienes pueden intervenir en su ejecución" ; en este caso, "todos participan en el hecho, todos lo planifican, todos entran a esta casa, todas las personas son autores de este hecho" ; en este sentido, no existe "ninguna argumentación sostenible en cuanto a Rigoberto Vera Narváez, Edgar Armando Vera Narváez, Edwin Ramiro Narváez Vera y Franklin Eduardo Vera Collaguazo", inclusive existen tesis distintas y "no están ni siquiera ellos de acuerdo en cuáles son los argumentos que debieron haberse presentado para poder sustentar este recurso".
Por lo expuesto, la representante de Fiscalía solicitó que se nieguen los recursos y se "ratifique la sentencia"

4.4.2 Acusación particular:

El Dr. Diego Jaya, Defensor Público, en representación del acusador particular Lucio Leonidas Gordón, expresó que:
Está de acuerdo con la argumentación de la Fiscalía; respecto del primer recurso, no se estableció el principio de trascendencia, por lo tanto, solicitó que se rechace ese recurso. En cuanto al segundo recurso de los dos procesados, acusó indebida aplicación del artículo 42 del CP, sin determinar qué norma se debió aplicar, además, incumplió con el principio de trascendencia, por lo tanto, solicitó que se rechace ese recurso. En cuanto al tercer recurso, no estableció los requisitos previstos en la jurisprudencia 1015 de la Corte Nacional de Justicia, por lo tanto, también debe ser rechazado.

4.5 Réplica:

Procesado Rigoberto Vera Narváez:
Se demostró el principio de trascendencia, porque el *ad quem*, en el considerando noveno, no individualiza al responsable de la agresión sexual y declara culpabilidad a todos, por eso no se cumple con los parámetros constitucionales de la garantía de motivación, que tiene el juzgador la potestad de declarar la nulidad constitucional de la sentencia impugnada.
Procesados Edgar Vera Narváez y Edwin Narváez Vera:

Acusa la indebida aplicación del artículo 42 del CP, pues *"cómo puede ser posible que a mis patrocinados se les diga que son autores de una concurrencia de infracciones, es decir, de un robo con resultado de muerte, y de una violación"*, cuando "aquí hay cuatro personas sentenciadas y como muy bien lo dije, una quinta persona más que está sentenciada que es el señor Luis Roberto Vera Narváez, dentro de esta misma causa"; las normas que se debieron aplicar son los artículos 41 del CP y 310 (CPP), pues si hay varios acusados es responsabilidad de los jueces de la Sala haberse referido en la sentencia a cada uno de ellos, respecto de su participación, "es decir ahí está el principio de trascendencia de esto, no se puede juzgar a las cuatro personas por todos estos hechos, cada uno de ellos tendrá un grado de participación dentro de estos hechos".

Procesado Franklin Vera Collahuazo:

No ha pretendido que se revise la prueba, por el contrario, adujo que con prueba violatoria del derecho del debido proceso y la seguridad jurídica se juzgó a su defendido en una forma ilegal, la Corte Nacional, en sentencia de 6 de julio del 2016, declaró la nulidad por las contradicciones de la prueba del Fiscal y del acusador particular, de ahí que ha solicitado que *"se declare la nulidad y se confirme la inocencia de mi defendido*".

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

5.1 Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 349 del CPP, aplicable al caso; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 349 del CPP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta,[1] correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.[2]

[1] Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 4ta. Edición, Barcelona, p. 278.

[2] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Juicio penal No. 884-2011. Sentencia de 23 de julio de 2014: "(…) es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, 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."

5.2 Sobre el caso en concreto:

Los procesados recurrentes Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, a través de sus defensas, al fundamentar los recursos, coincidieron en que en la sentencia de apelación existiría conculcación de la garantía de la motivación contemplada en el artículo 76.7.l de la CRE.

Asimismo, los casacionistas Edgar Vera Narváez y Edwin Narváez Vera invocaron como norma jurídica transgredida el artículo 42 del CP, por indebida aplicación, en tanto que, el impugnante Franklin Vera Collahuazo citó a los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 123, 124, 125, 126, 226.3, 250, 252, 312 del CPP, 76.3, 4, 7.e y 8 de la CRE, "1 del Reglamento de la Policía", 277.4 del CP y 572 del COIP como normas supuestamente violadas, también bajo la misma modalidad de casación descrita.

Así fijados los vastos límites y alcances de los recursos de casación, en primer término, este Tribunal de cierre abordará la pretensión encaminada a que se declare la nulidad constitucional del fallo de segundo nivel, por innovación, no solo por la concomitancia que sobre este tópico tuvieron los cuatro censores, sino además, debido a que en el caso de encontrar asidero en aquella tesis, ya no cabría ahondar en ningún otro análisis.

Precisamente, acerca de la garantía de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CC), en novísima jurisprudencia, ha dicho lo siguiente:

> 41. Para que un auto o sentencia se considere motivado debe contener congruencia argumentativa que implica que el juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes. Así, se debe verificar que el auto o sentencia en cuestión " [...] guard[e] la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas al caso concreto, sobre las que también se fundamentó su pertinencia para el caso concreto.[3]

Por consiguiente, bajo los presupuestos establecidos por la actual CC, para acusar falta de motivación de la sentencia, se requiere lo que a continuación se detalla:

> Congruencia argumentativa que significa contestación motivada por parte del juzgador a las hipótesis planteadas por los sujetos procesales; y,
>
> Guardar la debida relación entre las tesis de los sujetos procesales, los antecedentes de hecho surgidos de tales posturas y las normas jurídicas aplicadas al caso.

En el caso que nos atañe, no solo que ninguno de los censores expusieron de manera pormenorizada cada uno de los presupuestos enumerados *ut supra* –en efecto, solo se limitaron a delinear a *grosso modo* sobre los ejes de la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad sino que, luego del estudio del fallo, motivo de casación, se advierte que este contiene presupuestos mínimos sobre la suficiencia y pertinencia, y en este sentido, no se vislumbra que su contenido sea incongruente, por no haber dado contestación a todos los reparos de los sujetos procesales en sede de apelación, así como tampoco se ha verificado que exista falta de relación entre las posturas de las partes, los antecedentes de hecho y las normas jurídicas aplicadas al *sub iudice*.

En tales circunstancias, al no encontrar este Tribunal de cierre que la sentencia de alzada sea arbitraria, por insuficiente o impertinente, para que se pueda concluir que está carente totalmente de motivación, con su consiguiente obligación dirigida a que esta Corporación declare inexorablemente la nulidad constitucional por falta de motivación, tal pretensión intentada por los cuatro contradictores, no prospera.

Por lo demás, este Máximo órgano de justicia ordinaria del país en materia penal advierte que la fundamentación de los recursos de los procesados Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo estuvieron plagadas de una serie de inconsistencias de orden técnico y jurídico, debido a que estos inobservaron parámetros básicos para que la casación de carácter técnica y extraordinaria, sea declarada procedente, por varios aspectos sustanciales, como los siguientes:

[3] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 234419EP/20, de 24 de junio de 2020. Párrafo 41.

Los alegatos de los contradictores Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, al estar condicionados a supuestas aristas de los hechos litigiosos, tales como a aludir a una supuesta quinta persona que también habría sido condenada –en el caso de los dos primeros recurrentes, o ya en fin, a cuestionar la intervención del agente fiscal de la causa e invocar testimonios de una de las víctimas y de los agentes policiales –en el caso del último de los censores, evidenció que sus pretensiones ulteriores estuvieron dirigidas a que este Tribunal de cierre altere el marco fáctico y examine una vez más el acervo probatorio actuado en la audiencia de juicio y que ha sido valorado por los juzgadores de instancia, lo cual, se encuentra prohibido en sede de casación, por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 349 del CPP, que decía: "*No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba*" (ahora inciso final del artículo 656 del COIP);

El objetivo de trastocar los hechos fijados por los juzgadores de instancia y revalorizar prueba, cobra aún más asidero si se considera que los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 123, 124, 125 y 126 del CPP que fueron seleccionados por el recurrente Franklin Vera Collahuazo como unas de las normas supuestamente infringidas por el juzgador de alzada, tienen relación directa con la prueba, su objeto, finalidad y método de valoración probatoria;

Otras de las paradojas avistadas en las exposiciones orales de los casacionistas Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, estriba en que omitiendo el supuesto yerro *in iudicando*, no precisaron la incidencia que el error jurídico habría tenido en la decisión de la causa; y, en este sentido, resulta inobjetable que incumplieron palmariamente con principios que rigen la casación, tales como los de trascendencia y debida fundamentación;

La causal de indebida aplicación, también conocida como *error de pertinencia*, tiene que ver con el yerro que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo de alzada; de esta manera, para que prospere dicha modalidad, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: norma jurídica incorrecta (artículo 42 del CP) y normas correctas (artículos 41 del CP y 310 del CPP), tal como formularon los objetantes Edgar Vera Narváez y Edwin Narváez Vera, sino que se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en la especie, esto es que se acredite que el hecho dado por probado no se ajusta a las normas aplicadas, sino a aquella dejada de considerar, lo cual, no se ha podido justificar en el *sub iudice*;

Lo que sí resultó plausible, es que el impugnante Franklin Vera Collahuazo concibe a la casación, como un largo catálogo de normas transgredidas, lo cual, también comporta un equívoco conceptual, en tanto se debe establecer el vínculo que cada una de las normas tiene con la causal escogida, en este caso con la indebida aplicación, de lo contrario, se incurre en evidente inobservancia del principio de autonomía, como ha sucedido en el caso que nos ocupa; y,

El pedimento ulterior de los recurrentes Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo devino en anacrónico e incoherente, en la medida en que se bifurcó en dos: declaración de sus estados de inocencia o nulidad de todo lo actuado, a partir de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación.

En suma, al ser la casación de carácter extraordinario, resulta necesario que los impugnantes no solo enuncien cuáles fueron los yerros cometidos por el juzgador de segunda instancia al momento de resolver, y encajar esas vulneraciones bajo una causal, sino que toda su proposición jurídica se cumpla a rajatabla y sin imprecisión alguna, lo cual, no se ha verificado en el presente caso; y, por ende, los recursos de casación planteados dentro del in examinen, se tornan en improcedentes.

5.3 Casación *ex oficio*:

La denominada "casación oficiosa opera como una excepción al principio de limitación que regula el

ejercicio de la casación ordinaria;"[4] de ahí que, en cuanto a la casación de oficio, hay que remitirse al artículo 358 del CP, que dice: "(...) Si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada".

Sobre esa base legal, dentro del rol de este Tribunal de casación, como un órgano de control de la juridicidad de los fallos emitidos por el juzgador de segunda instancia y de subsanador en el caso de existir, de los yerros jurídicos de la sentencia de apelación, se estima necesario acotar que en el presente caso, la subsunción efectuada por el juzgador de segunda instancia –en relación al injusto de violación, y por ende, a la determinación de la "concurrencia de delitos" para efectos de imponer la pena no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba; y, por ende, existe yerro en la adecuación típica que realizó el juzgador de segundo nivel, al momento de subsumir las conductas de los procesados Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, no solo al delito de robo con muerte, sino también al de violación, conforme se analizará en párrafos posteriores.

En primer lugar, se advierte que el yerro evidenciado consta en el considerando "NOVENO. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DEL TRIBUNAL, EN RELACIÓN CON LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN" del fallo recurrido, en la parte que se lee, lo siguiente:

> 3. **Se ha probado el delito de violación** en la persona de la niña C.G.A.G., que a la época del cometimiento del delito era menor de 14 años de edad, delito que está tipificado en el Art. 512 del Código Penal y que esta reprimido con una pena de reclusión mayor especial de 16 a 25 años según el Art. 513 del mismo cuerpo legal, infracción penal que de acuerdo con el análisis de este Tribunal de la Sala, tiene una pena igual a la del delito de robo con el resultado de muerte y en consecuencia se impone la pena del delito de robo con resultado muerte, en razón de la conexidad y concurrencia de infracciones, esto en relación al procesado que cometió este delito. (…) **al no haberse individualizado al responsable de la agresión sexual, pero por la prueba aportada y analizada en la audiencia de juicio, se determina también la existencia del delito de violación a una persona menor de 14 años de edad, también en base a la norma legal invocada, a todos los hace responsables de esta concurrencia de delitos**. (...) este Tribunal Primero 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 (…) declara a los ciudadanos, FRANKLIN EDUARDO VERA COLLAHUAZO, RIGOBERTO VERA NARVAEZ, EDGAR ARMANDO VERA NARVAEZ Y EDWIN RAMIRO NARVAEZ VERA (...) CULPABLES en el grado de autores del delito tipificado y sancionado en los Arts. **512**, 550, 552 numeral 4 inciso último, **en concordancia con el Art. 81 numeral 6 del Código Penal**. (sic) (las negrillas pertenecen a este Tribunal de cierre).

Como se deja entrever del texto transcrito, resulta evidente que el juzgador de segundo nivel no logró configurar y justificar razonadamente que los procesados Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo sean también responsables del delito de violación, sino únicamente del injusto de robo con muerte, tipificado y sancionado en los artículos 550, 551 y 552.4, inciso final, del CP.

Así las cosas, al hacer la abstracción al caso que nos ocupa, en donde acorde a los hechos que constan como ciertos, en la sentencia objeto mismo de este recurso, se tiene que se justificaron todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del ilícito de robo con muerte, pero no del injusto de violación previsto en el artículo 512 *ibídem*, toda vez que el mismo juzgador de apelación concluye que no se ha "individualizado al responsable de la agresión sexual", conforme consta en el

[4] Orlando A. Rodríguez, *Casación y Revisión Penal,* Editorial S.A., Bogotá, 2006, p. 138.

citado considerando noveno del fallo recurrido; de tal suerte que, al no haberse acreditado todos los elementos constitutivos del delito de violación, mal podía el *ad quem* haber aplicado el artículo 81.6 del CP, para efectos de imponer la pena.

Bajo los criterios expuestos, de oficio, se casa la sentencia recurrida, por indebida aplicación de los artículos 81.6[5] y 512[6] del CP, cuando el juzgador de apelación debió haber condenado a los procesados Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, conforme a los hechos probados, únicamente por considerarles autores del ilícito de robo con muerte, tipificado y sancionado en los artículos 550, 551 y 552.4, último inciso, *ibídem*, en el grado de autores, conforme lo prevé el artículo 42 *ejusdem*.

No obstante, lo anotado, esta Corporación deja expresa constancia que el yerro jurídico puesto de manifiesto *ut supra*, no influye en el *quantum* de la pena, en la medida en que el delito de robo con muerte, tiene una sanción de reclusión mayor especial que oscila entre los 16 y 25 años, que es la misma que ha impuesto el *ad quem*.

6. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo 358 del CP, aplicable al *sub iudice*, este Tribunal de casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, por unanimidad, resuelve lo siguiente:

Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por los procesados Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, por faltos de fundamentos jurídicos;

Casar –ex oficiola sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016, las 15h54, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, por indebida aplicación de los artículos 81.6 y 512 del CP, cuando el *ad quem* debió aplicar únicamente los artículos 550, 551, 552.4, inciso final, *ibídem*;

Condenar a los procesados Rigoberto Vera Narváez, Edgar Vera Narváez, Edwin Narváez Vera y Franklin Vera Collahuazo, por considerarles autores del delito de robo con muerte tipificado y sancionado en los artículos 550, 551, 552.4, inciso final, del CP, en relación con el artículo 42 *ibídem*, y en tal virtud, se les impone la pena de 25 años de reclusión mayor especial.

Los demás, componentes de la pena que fueron impuestos por el juzgador de apelación, quedan incólumes.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZA NACIONAL; Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL.

[5] CP: **"Art. 81.-** En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes: (...) 6.- Cuando un solo acto constituya varias infracciones únicamente se impondrá la pena más rigurosa que será hasta de treinta y cinco años, si se trata de infracciones sancionadas con reclusión mayor especial."

[6] CP: **"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: (...) 3o. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación."

III

Juicio Nro. *09333-2018-00282*
Resolución Nro. *643-2021*
Fecha: *jueves 29 de julio del 2021, las 16h31*

TEMA: Naturaleza y autonomía del delito de lavado de activos

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de J. I. E. y otros por el delito de lavado de activos, contemplado en el artículo 317 numerales 1, 2, 4 y 5 del COIP, en virtud de que el procesado, por sí mismo y a través de terceros, utilizó dinero en efectivo para administrarlo, realizando transacciones bancarias con identidades falsas y simulando donaciones y préstamos con personas que no justificaron el otorgamiento de dichos dineros, para ocultar y simular la procedencia e impedir la determinación real de su origen, con objetivo de dar apariencia de licitud a esos dineros.

En el presente caso, se discute respecto a los elementos que determinan la naturaleza del delito de lavado de activos y cómo debe ser analizado con autonomía de los delitos asociados, como serían el de peculado y de enriquecimiento ilícito.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Durán, provincia del Guayas, determina que la actuación se realizó de manera consiente y voluntaria por los procesados, ya que cumplieron con los pasos característicos del delito de lavado de activos, que según la doctrina son: la obtención de dinero en efectivo de un acto ilícito, el depósito del dinero en las instituciones financieras (fase de colocación), la transferencia de estos fondos a otras instituciones para ocultar el origen (fase de estratificación) y, finalmente, el empleo de estos fondo para adquirir activos legítimos (fase de integración o inversión). Por lo tanto, al considerar el tribunal que existe un nexo causal entre la infracción y las personas procesadas, concluye que los procesados han adecuado su conducta al tipo penal de lavado de activos.

De esta manera, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, en calidad de autor directo del delito de lavado de activos, imponiéndole la pena de privación de libertad de diez años y el pago de una multa. En cuanto al resto de procesados, se los condena en calidad de cómplices y se les impone la pena de tres años y cuatro meses de privación de libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, revisando los recursos de apelación interpuestos por los procesados, Fiscalía y la UAFE, concluye que los procesados, de forma consciente y voluntaria, ejecutaron varias actividades de carácter financiero que se ajustan a los verbos rectores del tipo penal descrito en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, invirtiendo en el aparato productivo nacional recursos económicos cuyo origen no se ha justificado, motivo por el cual también se habrían iniciado procesos penales por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado.

En virtud de lo antedicho, la Sala resuelve confirmar parcialmente la sentencia subida en grado, pues la única modificación recae en que uno de los procesados sentenciado en calidad de cómplice, en realidad sería coautor de los hechos, por lo cual se le impone la pena privativa de libertad de diez años.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09333-2018-00282

Juez Ponente: Dr. Felipe Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, jueves 29 de julio del 2021, las 16h31.
VISTOS. En virtud del recurso de casación interpuesto por el señor **JOSÉ IVÁN ESPINEL MOLINA**, procesado, en contra de la sentencia dictada el martes 21 de enero de 2020, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el infrascrito Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia avocó conocimiento de la presente causa, mediante providencia de 11 de mayo de 2021, las 17h16, y convocó a los sujetos procesales a audiencia pública, oral y contradictoria, para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el mentado ciudadano. En tal virtud, por haberse resuelto la improcedencia del medio impugnatorio planteado por el encausado, de manera unánime, el infrascrito Tribunal motiva la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, los artículos 5.18 y 621 del Código Orgánico Integral, así como en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República y las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* al tenor de las siguientes consideraciones:
PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.
1.1 El Consejo de la Judicatura, en virtud de lo dispuesto en los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia, por lo que, mediante Resolución No. 209-2017, de 20 de noviembre de 2017, designó a las y los magistrados que se incorporaron al máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país. En tal virtud, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nº. 012018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis salas especializadas, en consonancia con lo establecido en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.
1.2 Posteriormente, el Consejo de la Judicatura, al amparo de las facultades que le otorga el artículo 40.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, emitió la resolución No. 1972019, de 28 de noviembre de 2019, designando a Conjuezas y Conjueces temporales, de las distintas Salas de las Cortes Provinciales a nivel nacional, para que ocupen los despachos de las y los jueces y las y los conjueces que cesaron definitivamente en sus actividades dentro de la Corte Nacional de Justicia, luego del proceso de evaluación desarrollado por el Consejo de la Judicatura. Por tal motivo, la doctora Paulina Aguirre Suárez, ex presidenta de la Corte Nacional de justicia, emitió los respectivos encargos a favor de las Conjuezas y Conjueces temporales.
1.3 El 28 de febrero de 2020, las 15h44, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, atendiendo el mandato contenido en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, llevó a cabo el correspondiente sorteo, con la finalidad de conformar el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, designando a la doctora Dilza Moreno Muñoz, Jueza Nacional (e), quien actuó en calidad de ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, al doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, y al doctor Iván León Rodríguez, Juez Nacional (e).
1.4 Sin embargo, en virtud del mandato impuesto

por el artículo 182[1] de la Constitución de la República, el Consejo de la Judicatura, se encontraba conminado a realizar una nueva renovación en la Corte Nacional de Justicia, por lo que, en ejercicio de las potestades otorgadas por los artículos 181.3 y 264.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, llevó a cabo el correspondiente concurso de oposición y méritos, y emitió la resolución No. 08-2021, designando a las nuevas Juezas y Jueces que se integraron a la Corte Nacional de Justicia.

1.5 En razón de la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, mediante resorteo de 12 de marzo de 2021, las 15h56, completó el Tribunal para el conocimiento y resolución del recurso extraordinario de casación interpuesto el procesado, designando en calidad de ponente al doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional, el doctor Luis Rivera Velasco, Juez Nacional, y el doctor, Luis Adrián Rojas Calle Juez Nacional, quien actúa en reemplazo del doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, en razón de su designación como Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

1.6 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

1.7 Tanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros que cometan delitos dentro del territorio de la República están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador, por consiguiente, al haberse materializado la conducta reprochada al procesado, dentro del territorio ecuatoriano, éste se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, según prescripción constante en el artículo 398 del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por lo expuesto, el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia, en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado por el encausado.

SEGUNDO:
LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA IN EXAMINE.

2.1 En razón de la vigencia del principio de legalidad[2], piedra angular del sistema penal garantista, y las reglas referentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal[3], se determina que, por cuanto el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el presente medio de impugnación debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en el referido cuerpo normativo, promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad, desde el 10 de agosto de 2014.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.

3.1 El recurso de casación en estudio ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; y, por cuanto no existe omisión sustancial, que constituya error *in procedendo*, que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la validez formal de lo actuado con ocasión de este medio extraordinario de impugnación.

CUARTO:
ANTECEDENTES.

4.1 Antecedentes Fácticos.

En audiencia de juzgamiento, Fiscalía General del

---

[1] **Art. 182.** La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos **y se renovarán por tercios cada tres años**. Cesarán en sus cargos conforme a la ley (...).

[2] Constitución de la República. 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: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

[3] Código Orgánico Integral Penal: Art. 16. Ámbito temporal de aplicación. Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…).

Estado planteó su teoría del caso en el siguiente contexto:

"... se habría llamado a los señores José Iván Espinel Molina en calidad de autor, conforme art 42 numeral 1 literal a, respecto a los verbos rectores del art 317 Fiscalía acusó numeral 1) a quien adquiera, administre, entregue, beneficie, numeral 2) oculte, impida, numeral 4) organice, numeral 5) realice (...) es importante en este caso por la complejidad del delito investigado y en cuánto al delito de lavado de activos, conocer que el lavado de dineros es, en general aquel delito que involucra la ubicación de fondos en el sistema financiero, la estructuración de transacciones comerciales, en este caso para disfrazar el origen propiedad y ubicación de los fondos así como la integración de estos fondos en la sociedad en la forma de bienes que tengan apariencia de legitimidad (...) En el caso que nos ocupa (...) los procesados para la ejecución del ilícito por sí mismo o a través de terceros dolosamente (...) adquirieron dinero en efectivo para administrarlo y poder realizar transacciones bancarias con identidades falsas, entre ellas la identidad de una menor de edad a la fecha del 2014 y quien tenía o padece hasta la fecha una discapacidad intelectual. También simularon donaciones y préstamos con personas que no justificaron el otorgamiento de dichos dineros, utilizaron dinero en efectivo, acciones que son conocidas en la doctrina del estudio del delito de lavados de activos como tipologías para ocultar y simular la procedencia e impedir la determinación real de su origen con objetivo de dar apariencia de licitud a esos dineros. Fiscalía conoce en este caso mediante 2018004, de fecha marzo 2018, la noticia de un presunto delito en razón de que el señor Iván Espinel Molina ha sido reportado con operaciones inusuales e injustificadas durante el periodo de sus actuaciones como funcionario público 20102014, pero el ROI está desde el 2010 hasta 2016, estas operaciones inusuales e injustificadas serian por la adquisición de bienes muebles e inmuebles con dinero en efectivo frente a los ingresos laborales más bajos que el dinero recibido en periodo 2010 al 2016 (...) el delito de lavado de activos como la norma lo indica lo señala y lo dispone, debe tener un origen un ilícito de ese dinero y así se ha encontrado en esta investigación que el señor Iván Espinel Molina, tiene investigaciones por el delito de peculado y además por enriquecimiento ilícito, dinero que en este caso se considera la actuación del origen de este lavado de activos. Iván Espinel Molina trabajó en el hospital para el IESS, fue funcionario público en el hospital básico de Durán donde firma 85 contratos, durante su actuación da un total de $3'931.967,oo además fue funcionario de la Dirección Provincial del Guayas y firmó 62 contratos dando un total esos contratos de $12'493.625,oo, durante el ejercicio de sus funciones como funcionario público en estas 2 direcciones Iván Espinel, la Contraloría General del Estado emitió un IRP relacionado a lo que son las declaraciones juramentadas que había presentado el procesado Iván Espinel cuando ingresó al IESS; es decir, al hospital básico de Durán y las que fue presentado hasta el término de sus funciones, éstas generarían el IRP, en relación de estas declaraciones juradas, puesto que sus incrementos patrimoniales que había declarado en un inicio, no fueron sustentados con los demás incrementos posteriores, también en el ejercicio de sus actividades como funcionario público tiene 8 IRP y además 5 RAC, todos estos generan las investigaciones de delitos de peculado y enriquecimiento ilícito que todavía están siendo investigados. Vayamos al delito como tal y a la forma en que se lavó el dinero, Iván Espinel con su amigo de confianza Andrade Muñoz, depositaron noviembre del año 2013 hasta el 14 de mayo del 2014, la cantidad de $370.000,oo, a una cuenta de propiedad de la empresa Swanton Construcciones, cuál es la razón o el motivo por lo que generan una alerta? , porque estos depósitos que realizó Walter Andrade Muñoz en contubernio con su cónyuge Johanna Vera Vera, que también es procesada en este caso y fuera la cajera del Banco de Guayaquil de la agencia donde se realizaron estos depósitos, es que, los formularios de licitud obligados todas las personas cuando realizan operaciones o transacciones financieras por más de $10.000,oo, no tiene los datos exactos, verídicos tienen datos

inexactos, tienen por ejemplo en depósito de $100.000,oo, el 25 de abril 2014, un nombre de una persona Zambrano Vélez Alejandro que no existe en Registro Civil, es una persona inexistente es un nombre inventado y en el formulario de 14 de mayo del 2014, en la cantidad de $100.000,oo, se puso que la persona que había depositado ese dinero, el nombre de Jamilete Andrade, con su número cédula 0941292201, ese número de cédula corresponde a una menor de edad a esa fecha, que padece de una situación de 75% de su capacidad intelectual, quien Fiscalía advirtió y conversó con ella y rindió su versión y viven afuera de la provincia de Guayas, jamás ha pisado el Banco de Guayaquil, nunca hizo ese depósito; sin embargo, estos depósitos pese a que habían fraguado estos formularios con mentiras y datos inexactos fueron a Swanton construcciones para pago de vivienda del señor Iván Espinel; paralelamente Iván Espinel hizo un préstamo al Banco del BIESS, de $150.000,oo, lo que dijo fue para la compra de un inmueble, no para pagar el inmueble que ya compró, sino para la compra del inmueble. Cuando el BIESS deposita el dinero a Swanton construcciones, sorpresivamente, la devolución del dinero no es a Iván Espinel, sino a su amigo de confianza Walter Alejandro Muñoz, el cheque que Swanton Construcciones emite por la cantidad de $150.000,oo por el préstamo para pago de vivienda se lo giran a nombre Walter Alejandro Muñoz (...) dándole vuelta a todo ese dinero, después que pasa de uno a otro Walter Alejandro Muñoz compra un vehículo Ford F150, un mes después en la cantidad de $70.000,oo y paga $50.000,oo en efectivo (...) Iván Espinel Molina, en año 2016, hizo transferencias de acciones de las que era dueño en Servicios Médicos Nacionales, en este caso Sociedad Anónima, Iván Espinel adquirió un paquete accionario si es cierto 120 acciones valor nominal $1,oo en mercado pero la inversión de los 5 accionistas de esta empresa es de $100.000,oo, que Iván Espinel también invirtió durante periodo investigativo 20102016, $100.000,oo, que ha dicho la defensa de Juan Carlos Barzola las 20 acciones valen $120,oo pero se pactaron en $4.000,oo, la venta solo Barzola pagaría a Iván Espinel la cantidad de $2.000,oo; pero, como se disimularía que actúa dolosamente, cuando en el año 2016 existe e1 documento con una firma entre los vendedores y compradores accionistas diciendo que hay traspaso de estas acciones de Servicios Médicos Nacionales, cabe resaltar que la trasferencia legalmente inscrita consta a la fecha que está siendo investigado el señor Iván Espinel año 2018 recién, pero no tampoco con esa transferencia se dice que no se inscribió, se vendieron las acciones por parte de Iván Espinel en 2016, pero Iván Espinel siguió participando como Presidente y como miembro de esas juntas de accionistas en Servicios Médicos Nacionales hasta el año 2017. El dinero que además se ha investigado y forma parte de este delito de lavado de activos también nos lleva a conocer que, dentro de las declaraciones juradas de Iván Espinel en sus inicios de actividades como funcionario público declaró que no tenía bienes inmuebles ni enseres muy suntuosos; sin embargo, Iván Espinel adquirió bienes muebles y enseres en dinero en efectivo para variar por la cantidad de $29.424,52 durante el periodo investigado, bienes inmuebles que jamás fueron declarados en sus declaraciones juramentadas y que presentaría a la Contraloría General del Estado. Cabe señalar también que adquiere vehículo Toyota por $ 36.221,oo (...) La compra del Ford Explorer en $ 50.000,oo, Iván Espinel vende este vehículo, cuando lo vende afirma que el vehículo, si bien es cierto no está matriculado a nombre de él, porque está matriculado a nombre del accionista minoritario de la empresa NICANCOR donde sorpresivamente, asombrosamente, la accionista mayoritaria es la señora Molina, madre de Iván Espinel, ese accionista minoritario era dueño de ese Ford Explorer en papeles, pero la empresa pagó a Iván Espinel el dinero por esa Ford Explorer directamente por petición del señor Iván Espinel. Vende un vehículo cuyo dueño es el accionista minoritario de la empresa NICANCOR, que su madre es la accionista mayoritaria pero él recibe el dinero. También tenemos dentro de estas investigaciones como se dio vuelta al dinero para poderle dar apariencia de licitud, los depósitos que

Iván Espinel Molina, realizaría a dos personas, en este caso es señora Tuarez, quien representa la empresa NICANCOR legalmente y habría depositado cantidad de $81.500,oo antes que terminara su periodo como funcionario público, antes del 2014, en el mismo sentido hizo depósitos a la señora Mantuano en la cantidad de $9.000,oo; estos depósitos Fiscalía va a demostrar que este valor ingresó a la empresa NICANCOR, se utilizaron para pagar ciertas situaciones como pago a empleados, compras de materiales y todo lo demás, en una contabilidad personal de las señoras Tuarez y Mantuano, pero ese dinero se quedó en NICANCOR después del 2014; asombrosamente, cuando NICANCOR, faltando un mes para que el señor Iván Espinel salga de funciones del IESS, contratara con el IESS, la empresa NICANCOR contrató como empresa privada con IESS comenzó a incrementar sus ingresos en casi más de $800.000,oo anuales sorprendentemente. El año siguiente en 2015, NICANCOR simula una relación laboral de Iván Espinel con esa empresa, puesto que la regulación laboral de Iván Espinel era de $4.000,oo mensuales en 2015 y 2016, por asistencia telefónica; es decir, que esos $90.000,oo, salieron como pagos de servicios profesionales nuevamente regresaron a Iván Espinel, ingresaron a las cuenta de Mantuano, Tuarez a empresa NICANCOR y ésta le regresa a Iván Espinel, eso es lo que va a probar Fiscalía el giro, la introducción, la realización de las etapas de lavado de activos en este caso para simular, ocultar el dinero obtenido de manera ilícita y mezclarlo con dineros de apariencia legal por el trabajo de Iván Espinel. Todos estos dineros en efectivo jamás han sido justificados, son prestamistas que no tienen razón de indicar o señalar Cualquier situación de calidad de prestamistas entre Iván Espinel y los señores que dieron dinero a la empresa....”[4].

4.2 Antecedentes Procesales.

El relato fáctico narrado en el acápite que antecede fue sentado como hecho cierto por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Durán, provincia del Guayas, pues, luego de efectuar un ejercicio intelectivo de justipreciación de los elementos probatorios aportados por las partes procesales, emitió sentencia condenatoria en contra del casacionista, el 12 de julio de 2019, las 15h52, resolviendo en lo principal lo siguiente:

“...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, este Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Durán, Guayas, POR UNANIMIDAD, dicta sentencia condenatoria declarando probada la existencia del delito y la CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD de los procesados: 1. JOSE IVAN ESPINEL MOLINA (...) por haber adecuado su conducta al delito de LAVADO DE ACTIVOS, Código Orgánico Integral Penal Art. 317, sancionado conforme al numeral 3, literal a); en calidad de AUTOR DIRECTO, conforme art 42 numeral 1 literal a COIP. Respecto a los verbos rectores del art 317, estos son: numeral 1 quien adquiera, administre, entregue, beneficie, numeral 2 oculte, impida, numeral 4 organice, numeral 5 realice. Se le impone la PENA de DIEZ AÑOS (10) de privación de la libertad (...) 2. WALTER ALEJANDRO ANDRADE (...) por haber adecuado su conducta al delito de LAVADO DE ACTIVOS, Código Orgánico Integral Penal Art. 317, sancionado conforme al numeral 3, literal a); en calidad de CÓMPLICE de conformidad con art 43 COIP. Respecto a los verbos rectores del Art. 317, estos son: numerales No. 1 resguarde, utilice, beneficie, numeral 2 oculte, No. 4, participe No. 5 realice. Se le impone la PENA de TRES AÑOS Y CUATRO MESES de privación de la libertad (...) 3. MARIA JOHANNA VERA VERA (...) por haber adecuado su conducta al delito de LAVADO DE

[4] Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Durán, provincia del Guaya; juicio No 09333-2018-0282, f. 84778749, vta.

ACTIVOS, Código Orgánico Integral Penal Art. 317, sancionado conforme al numeral 3, literal a); en calidad de CÓMPLICE de conformidad con art 43 COIP. Respecto a los verbos rectores del Art. 317, estos son: No. numeral 2 oculte, No. 4, participe No. 5 realice; Se le impone la PENA de TRES AÑOS Y CUATRO MESES de privación de la libertad (...) 4. JUAN CARLOS BARZOLA GARCÍA, por haber adecuado su conducta al delito de LAVADO DE ACTIVOS, Código Orgánico Integral Penal Art. 317 Código, sancionado conforme al numeral 3, literal a); en calidad de CÓMPLICE de conformidad con art 43 COIP. Respecto a los verbos rectores del Art. 317, estos son: numeral 3 preste su nombre y numeral 4 participe; Se le impone la PENA de TRES AÑOS Y CUATRO MESES de privación de la libertad (...) El monto del perjuicio, de acuerdo a lo determinado por el perito contable es la suma de $267.562,oo; por lo que de conformidad a lo estipulado en el último inciso del Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, se les impone a los ciudadanos sentenciados la multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, esto es la suma de $535.124,oo: Quedando distribuidos de la siguiente manera: Al señor procesado José Iván Espinel Molina, la suma de $ 505.124,o. Al procesado WALTER ALEJANDRO ANDRADE MUÑOZ, la suma de $10.000,oo. A la procesada MARIA JOHANNA VERA VERA, la suma de $10.000,oo; Al procesado JUAN CARLOS BARZOLA GARCIA, la suma de $10.000,oo, cantidades que deberán ser canceladas de conformidad con la Ley..."[5].

Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, tanto las personas procesadas, como Fiscalía General del Estado, y la Unidad de Análisis Financiero y Económico, interpusieron recurso de apelación, por lo que, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante sentencia emitida el 21 de enero de 2020, las 11h01, resolvió lo siguiente:

"...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: Declarar el abandono de los recursos de apelación interpuesto por los procesados Walter Andrade Muñoz y Johanna Vera Vera, por cuanto sus abogados defensores abandonaron al inicio de la audiencia de manera injustificada. Sobre el recurso presentado por Fiscalía y la UAFE, se los acepta parcialmente, ya que la Sala considera que la conducta del Walter Andrade Muñoz, se encuadra a lo establecido en el Art. 317 N° 4 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Art. 42 N° 3 ibídem, esto es, en el grado de coautor, por cuanto su conducta en el delito investigado tiene gravedad, ya que él es la persona que concurre al banco de Guayaquil para realizar los depósitos en efectivos para el pago de la casa adquirida por el señor Jose Ivan Espinel Molina en la Urb. Vista El Sol y que fuera vendida por la empresa SWATON CONSTRUCCIONES, en el valor total de $ 370.000,00 para lo cual se falsearon datos personales, se utilizó nombres, números de cédulas, direcciones domiciliarias falsas y por lo que se le impone la pena privativa de libertad de DIEZ AÑOS al señor Walter Andrade Muñoz. Además él intervino en el trámite hipotecario del señor Ivan Espinel Molina que realizó en el BIESS, retirando los valores del préstamo, cambiando el cheque entregado por la empresa SWATON, y luego disponiendo de ese valor en la compra de vehículos. En lo que se refiere a la señora Johanna Vera Vera, la Sala concuerda con el criterio emitido por el Tribunal Aquo, en el grado de su participación en el hecho investigado, esto es, el de cómplice. En lo que se refiere al recurso de apelación planteado por el Dr. Ivan Espinel la Sala lo rechaza y confirma la sentencia subida en grado. No nos pronunciamos con respecto al recurso de apelación planteado por el señor Juan Carlos Barzola, por cuanto

[5] Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Durán, provincia del Guaya; juicio No 09333-2018-00282, f. 84778749, vta.

su abogado defensor abandonó la audiencia, se declaró el abandono del recurso y queda firme la sentencia venida en grado en lo que hace relación a él. Sin más consideraciones que emitir, esta Sala deja así pronunciada su resolución motivada de conformidad con lo señalado en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República...."[6].

En ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, el señor José Iván Espinel Molina interpuso recurso extraordinario de casación, en contra del fallo descrito en el párrafo que antecede, por lo que, mediante providencia de 28 de septiembre de 2020, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el encartado, únicamente en relación al cargo referente a la errónea interpretación del artículo 317, numerales 1,2,4 y 5 e inciso final de la sección primera de la referida norma legal del COIP.

Posteriormente, mediante providencia de 11 de mayo de 2021, las 17h16, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado, para el día jueves 20 de mayo de 2021, las 09h00, por lo que, en atención a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, el infrascrito Tribunal resolvió declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por el señor Iván Espinel Molina.

QUINTO:

CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. 5.1 LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA: La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum, el 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero, declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de constituir un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado ecuatoriano, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos; por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones, como para la elaboración de normas jurídicas..."[7].

En el ámbito material, la Constitución no otorga, más bien, reconoce ciertos principios y derechos a los integrantes de la comunidad, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

"...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: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...".

El derecho a impugnar las decisiones de los jueces es el antecedente constitucional de la casación,

[6] Cuaderno de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; juicio No. 09333-2018-00282, f. 566813, vta.

[7] Ávila Santamaría, Ramiro; La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

medio impugnatorio de índole extraordinaria en materia penal.

Además, la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano Función Judicial que, como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[8]; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera[9];

En consecuencia, la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de Derechos; al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

> "... El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."[10].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

> "...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..." (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

> "...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."*.

El derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en torno a las garantías judiciales señala que *"...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...".*

Asimismo, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que *"...*

---

[8] Constitución de la República del Ecuador: **Art. 182:** " (…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito." ; Art. 184: " Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)" .

[9] Código Orgánico de la Función Judicial: **Art. 186:** " Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (…)" .

[10] Ávila Santamaría, Ramiro; op. cit., pp. 29,30.

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 ...".

En ese contexto, se determina la naturaleza del derecho impugnar las decisiones judiciales, en torno al Estado constitucional de derechos.

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia; sobre este punto, se puede establecer que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas).

En el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las normas expedidas por el legislador, para el ejercicio de este recurso de carácter extraordinario y taxativo, con el objetivo de cristalizar la justicia como fin del aparato judicial ecuatoriano.

5.2) EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A RECURRIR DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

> "...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".[11]

El derecho a recurrir se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m):

> **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: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…).**

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de recurrir un fallo ante un Tribunal Superior en los siguientes términos:

> **Artículo 8. Garantías Judiciales (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (…).**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que el derecho a recurrir constituye una garantía fundamental de toda persona inculpada de un delito, en ese sentido, determina que: *"Artículo 14 (…) 5. 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…".*

Ya en el ámbito penal, debemos remitirnos a la regla procesal prevista en el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, que consagra el principio de legalidad en materia de recursos, señalando que *"…La impugnación se regirá por las siguientes reglas: 1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código…*". En consecuencia, resulta menester indicar que el recurso de casación se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal, y prospera en los siguientes supuestos:

> "Art. 656. El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y

[11] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 09514SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 223011EP.

procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, **ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente**.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba...".

De lo expuesto, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación es el de taxatividad, en consecuencia, *" ...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[12].

El principio de taxatividad limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Sobre el alcance de las causales de casación, es posible determinar lo siguiente: existe contravención expresa al texto de la ley cuando el juzgador, al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso concreto; por su parte, existe indebida aplicación de la ley cuando el juzgador, al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; finalmente, se verifica la errónea interpretación de la ley cuando el juzgador, al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, deforma el sentido del precepto empleado, otorgándole un alcance distinto al que en realidad corresponde.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

"...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada..."[13].

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *"...La casación es un recurso limitado, dado que solo permite 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..."*[14].

El doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *" ...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[15]. Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *" ...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones*

[12] Rodriguez Ch., Orlando; Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67
[13] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 4442014.
[14] Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.
[15] De la Rua, Fernando; El Recurso de Casación, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...".[16]

En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, pero, cuando específicamente se haya violentado la ley por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación, su naturaleza le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*.

De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, exclusivamente por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, falsa aplicación, errónea interpretación[17]–; al Tribunal de Casación.

SEXTO:

ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO

6.1. Intervención del señor José Iván Espinel Molina, procesado y casacionista.

La abogada Vanesa Zabala Fonseca, defensora técnica del casacionista, señor José Iván Espinel Molina, con la finalidad de sustentar el recurso de casación propuesto, manifestó en lo principal que:

- Interpuso recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que consideró al doctor José Iván Espinel Molina autor del delito de lavado de activos, imponiéndole una pena de 10 años de prisión.
- El cargo planteado es la errónea interpretación del artículo 317.1, 2, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, e inciso final de la sección primera de la referida norma legal.
- La errónea interpretación significa la correcta aplicación de una norma para un caso, sin embargo, ampliándola en su contenido y alcance, y produciendo un efecto que la norma legal no contempla, es decir, consiste en la aplicación correcta, en términos generales, pero en una errónea interpretación al caso en concreto y a los hechos que la Sala considera probados.
- Conforme lo determinan las normas procesales, la casación es un recurso extraordinario, por lo tanto, no corresponde analizar hechos ni prueba.
- En esta sede, se dan por ciertos los hechos que la sentencia que la Sala de Apelación considera probados.
- La Sala de Apelación ha considerado probado la existencia de activos injustificados en el patrimonio de su defendido, que ascienden al monto de 267.562.88 USD, esto lo manifiesta en el numeral octavo de la sentencia recurrida; en este considerando se comete el error de interpretación.
- En el numeral octavo de la sentencia impugnada, de manera reiterada, el Tribunal de Apelación, en concordancia con lo manifestado por el Tribunal de Primer nivel, ha manifestado que los activos constituyen dinero no justificado.
- Posteriormente, se manifiesta que los dineros no justificados se han invertido en actividades en el aparato financiero nacional.
- De manera reiterada, la Sala sostuvo en su fallo que el activo no se ha justificado, siendo incongruente con lo manifestado por la propia sentencia en el numeral séptimo, que de manera correcta ha invocado la norma del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 6 de la Convención Americana de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia

[16] Calamandrei, Piero; La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

[17] El Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 360, de 13 de enero de 2000, antes de las reformas del 24 de marzo de 2009, es el cuerpo normativo aplicable en la sustanciación del presente recurso, en virtud de la fecha de inicio del proceso (16 de febrero de 2008). Este cuerpo de leyes, en su artículo 349, preveía como causales taxativas para la interposición del recurso de casación las siguientes: *" ...por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente..."* .

Organizada y Transnacional y el artículo 3 de la Convención de Viena, normas que consideran de manera concordante que el elemento normativo indispensable para la existencia de lavado de activos es el origen ilícito de los activos y su determinación.
- El lavado de activos tiene como elemento normativo la existencia de activos de origen ilícito, lo cual debe ser justificado por parte de la Fiscalía.
- Solamente la actividad previa, de origen ilícito o delictivo, es capaz de generar como consecuencia el delito de lavado de activos, así lo manifiestan las disposiciones de la ley, y también la doctrina, que ha sido citada en el numeral séptimo de la sentencia recurrida.
- Es necesaria la prueba directa o indiciaria del delito precedente, del cual provinieron los activos de origen ilícito.
- Los hechos probados y dados por ciertos en la sentencia, no demuestran ni dan cuenta de la existencia de un delito precedente, ni de una actividad ilícita previa, de las cuales hayan provenido los activos.
- Se generó como premisa, la injustificación del activo, invirtiendo la carga de la prueba y ampliando los límites del tipo penal, éste es el error de interpretación.
- Injustificación del activo no es igual a originen ilícito, valor no justificado no es igual a origen ilícito, recursos económicos cuyo origen no se ha justificado no es igual a originen ilícito.
- Existe una incorrecta aplicación de la norma relativa a los hechos probados y ciertos, en vista de que, en ausencia de un delito precedente, y en ausencia del origen ilícito de los activos, lo que correspondía, en aplicación del artículo 317 y demás normas internacionales, era ratificar la inocencia de su defendido, en vista de que los hechos probados no se adecúan al tipo penal del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, por no haberse determinado la ilicitud de los activos que se han considerado injustificados.
- Solicita que se corrija el error de derecho en la interpretación y ampliación del tipo penal y se casen la sentencia corrigiendo el error de derecho planteado.

6.2 Intervención de Fiscalía General del Estado. La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscal General del Estado, contradijo los argumentos esgrimidos por el casacionista, indicando en lo principal lo siguiente:
- La argumentación esgrimida por la señorita abogada se remitió a los hechos, lo que está pidiendo indirectamente es una nueva valoración probatoria.
- Ha dicho que, si bien es cierto, la norma aplicada es correcta, su contenido y su alcance ha sobrepasado los hechos probados.
- En su exposición, la defensa del impugnante manifestó que la sentencia ha sentado como hecho la existencia de activos injustificados, en la cantidad de 267.562.88 USD, pues, en el numeral octavo, en forma reiterada, se estableció que los activos no se han justificado, y que en el considerando séptimo, se invocó el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, la Convención Anticorrupción y otros documentos internacionales.
- La abogada defensora finalizó su exposición señalando que los hechos no demuestran los delitos precedentes, y, por lo tanto, se han empleado premisas que han invertido la carga probatoria.
- Finalizó su exposición señalando que hay una incorrecta aplicación de la norma sobre los hechos probados.
- Desgraciadamente, de conformidad con el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, inciso segundo, no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos, ni de nueva valoración probatoria, por lo tanto, las argumentaciones planteadas por la defensa, por sí solas, dejarían sin efecto el recurso de casación interpuesto.
- En el considerando séptimo del fallo, aludido por la abogada defensora, los jueces se refirieron a las consideraciones jurídicas y doctrinarias del caso concreto, es decir, las normas del debido proceso y los artículos que establecen y determinan esos principios, así como los documentos internacionales relativos al caso.
- En el punto seis de este considerando, los juzgadores hablan de los aspectos doctrinarios sobre el delito de lavado de activos, refiriéndose a las etapas este delito, etapas desarrolladas también por la ONU, OEA y la UE; se establece que este delito es pluriofensivo, pues, no afecta solo al sistema financiero nacional, sino a la propia democracia.
- En el punto siete, se determina la autonomía de delito de lavado de activos, y se señala que la autonomía del delito de lavado de activos se

relaciona, no con tener sentencias de condena en otros delitos, sino con el hecho de demostrar, aunque sea con prueba indiciaria, las investigaciones que permitan iniciar o que permitan determinar y establecer que existen otros elementos, o que esos dineros provienen de otro tipo de delitos.

- Señalan los señores jueces antes del considerando 7.1, que para probar el origen ilícito de los bienes necesitamos una prueba indiciaria, no es necesario tener una sentencia previa, porque el lavado de activos es un delito autónomo de un delito precedente.
- El artículo 317, inciso segundo, luego del considerando sexto manifiesta: estos delitos son autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que haya lugar la acumulación de acciones por penas; esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito a investigar.
- La ley no obliga a probar mediante una sentencia condenatoria, basta la prueba indiciaria. En este caso, existen dos elementos fundamentales: el primero está basado en los documentos y en los informes de la Contraloría General del Estado, sobre el delito que se está siguiendo y también el proceso sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Éstas son las pruebas indiciarias fundamentales que establecen la comisión del delito de lavado de activos.
- La defensa técnica del recurrente señaló que el artículo 317 se violentó por errónea interpretación, sin embargo, en la parte final de su exposición, manifestó que habría una incorrecta aplicación de la norma a los hechos probados. Esta doble contextualización es necesario aclarar, pues, las causales de casación son excluyentes entre sí, no puede violarse un mismo artículo, bajo dos modalidades, porque cada causal tiene consecuencias absolutamente diferentes.
- Una cosa es la indebida aplicación de la ley, y otra cosa muy diferente es la errónea interpretación de la ley, no pueden confluir las dos causales en una misma norma jurídica.
- Las categorías dogmáticas del delito de lavado de activos, en este caso, y en relación al señor José Iván Espinel Molina, se encuentran debidamente determinadas.
- Se ha verificado la tipicidad de la conducta, es decir, los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a los elementos objetivos de la tipicidad, el sujeto activo no requiere de sujeto calificado, el sujeto pasivo, titular del bien, en este caso, es el propio sistema financiero, el propio Estado, incluso los ciudadanos. Este es un delito pluriofensivo porque los bienes jurídicos tutelados son varios.
- La conducta está determinada por uno o varios de los verbos rectores que se desarrollan en el Art. 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Código Orgánico Integral Penal.
- El elemento normativo justamente es eso, por lo tanto, se evidencia que los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal se cumplieron plenamente.
- Dentro de la categoría de la antijuridicidad, debemos distinguir dos formas: la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, y distinguir en desvalor de la acción, es decir si se cumplió o no, y la antijuridicidad material, que tiene que ver con el desvalor de resultado, es decir, si se lesionó o no un bien jurídico; en este caso, está debidamente comprobado, pues, se demostró que el ciudadano Espinel se benefició, sin causa de justificación.
- Finalmente, sobre la culpabilidad, es decir, el juicio de reproche, este tiene como componentes la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad de otra conducta; en este caso, Espinel no ha probado ser una persona inimputable, tampoco ha probado haber obrado en virtud de un error de prohibición, sea éste vencible o invencible, más bien, es evidente que en este caso a él si se podría exigir otro tipo de conducta frente al Estado y frente a los ciudadanos; es decir, en este caso, el procesado si merece el reproche social.
- Todas las categorías dogmáticas del delito se encuentran configuradas, por lo que, en la declaratoria de la existencia de la infracción y de la responsabilidad del ciudadano José Iván Espinel Molina, no se existe errónea interpretación del artículo 317.1, 2, 4 y 5 inciso final del Código Orgánico Integral Penal.
- Solicita que se deseche este recurso.

6.3 Intervención de la Unidad de Análisis Financiero y Económico.

La abogada Michelle Sarmiento Álvarez, en representación de la Unidad de Análisis Financiero y Económico del Ecuador, en su calidad de acusadora particular, contradijo los argumentos esgrimidos por el casacionista, indicando en lo principal lo siguiente:

- La finalidad principal de la argumentación jurídica, sin la cual no se puede entender fundamentado el recurso, es justamente comparar esa errónea interpretación, que ha decir del recurrente ha cometido el juzgador, con aquella que considera correcta.
- De lo manifestado por la abogada del recurrente se desprende que el cargo casacional no ha sido debidamente fundamentado, por lo que, solicita que el recurso sea inadmitido.
- Como manifestó la abogada del recurrente, en sede de casación, de acuerdo a la doctrina, básicamente Roxin, 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 de derecho material o formal, no obstante, la norma o tipo penal del artículo 317, ha sido aplicada e interpretada correctamente.
- La finalidad del delito de lavado de activos es ocultar la propiedad y el origen del dinero, dando una apariencia de legitimidad a las ganancias del dinero y colocando dichas ganancias más allá de las autoridades.
- Lo que se busca con el delito de lavado de activos es que se pierda el rastro del dinero, evitando ser detectados por las autoridades.
- El delito de lavado de activos, conforme lo establece el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, es autónomo de otros delitos cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas.
- Fiscalía no está exenta de su obligación de investigar el origen de los activos objeto del delito.
- No se considera el delito previo como requisito de procedibilidad, no es un elemento del tipo penal, basta con establecer una vinculación razonable de los hechos materia del lavado, con un presunto delito previo, es decir, no se requiere de sentencia condenatoria previa.
- Caso contrario, se establecería un requisito de procedibilidad que la norma no prevé, y en este punto, es preciso resaltar que, en materia penal, están prohibidas las interpretaciones extensivas de la norma, tal como lo establece el artículo 13.1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal.
- Luís Rubén Yanqui Machaca, citando a Gálvez, sostiene que el delito previo no es un elemento objetivo del tipo, ya que la norma penal no lo exige, basta que los activos que constituyen el objeto de lavado de activos, tengan una conexión o vinculación con una actividad criminal previa, de modo general o abstracto, y no ha sido un delito específico cometido en determinada fecha por determinada persona, en determinado lugar y en determinada circunstancia.
- Si se consideraría que el delito de lavado de activos es dependiente del delito previo, simplemente, el tipo penal resultaría inaplicable, generando de esta manera impunidad, y provocando ineficacia de la administración de justicia, en cuanto a la investigación y represión de esos delitos.
- Perseguir estos delitos deviene de una política estatal, a la cual todos estamos comprometidos a denunciar, perseguir y sancionar.
- Roxin señala que las categorías dogmáticas del delito, que son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio, bajo el prisma de su función política criminal; y la política criminal, no solo de este Estado, sino de otros varios Estados, es perseguir y que se sancione el delito de lavado de activos.
- Este es un delito pluriofensivo, pues, el bien jurídico protegido no solo es el orden socio económico, sino que, socaba el Estado de derecho y también está vinculado con problemas en virtud de la democracia que tienen los países.
- Además, hay dos procesos que se encuentra en instrucción penal, en contra del procesado, señor José Iván Espinel Molina, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.
- Hay respetar la voluntad del legislador, y la voluntad del legislador es que éste delito sea considerado autónomo, y que por tanto no se requiera una sentencia condenatoria para determinar que efectivamente existe el delito de lavado de activos.
- Solo se requiere elementos indiciarios para poder justificar el delito de lavado de activos.
- No se ha desarrollado mucho estos temas a través de la jurisprudencia, sin embargo, en la Gaceta Judicial del 2018, en caso FIFA gate, juicio 17282201505549, cuyo Juez Ponente es el doctor Marco Maldonado Castro, se expone: *" No se necesita la comisión de otros delitos, sino que basta que el sujeto activo de la infracción no demuestre el origen legítimo de los recursos que se configuren el tipo penal determinado"*.
- Asimismo, la doctrina dice que el delito de lavado de activos es una forma de encubrimiento y tiene que ser llevado como un

delito independiente, esto consta en la causa No. 13284201501812, cuya Jueza Ponente es la doctora Gladys Terán, de la Corte Nacional de Justicia.
- No bastará analizar únicamente lo que han dicho los sujetos procesales respecto al análisis que se ha hecho respecto del tipo penal contenido en el artículo 317, sino que corresponde a ustedes también analizar esta jurisprudencia con la finalidad de que se unifique esta jurisprudencia, para continuar con la voluntad del legislador y con esta política criminal de Estados, que es la lucha contra el delito de lavado de activos.
- No se debe aceptar el recurso de casación interpuesto por el procesado y debe confirmarse la sentencia condenatoria, pues, la norma ha sido correctamente aplicada más allá de la inexistente fundamentación del recurso planteado, lo cual incluso llevaría a que se declare desierto el recurso.

6.4 Intervención de Procuraduría General del Estado.

El doctor Efrén Minuche Zambrano, en representación del Procurador General del Estado, en su calidad de acusador particular, contradijo los argumentos esgrimidos por el casacionista, indicando en lo principal lo siguiente:
- **El cargo alegado es la errónea interpretación y lo que debía haber fundamentado el recurrente es la errónea interpretación, distinguiéndola de otros fenómenos jurídicos, que son la aplicación indebida o la falta de aplicación.**
- Si es que yo tengo una diferencia en el criterio del juzgador y hay un error que ha desembocado en una aplicación incorrecta de la norma, una falta de aplicación de una norma, esos son los fenómenos que se debe escoger para invocar en casación.
- Por otro lado, si es que el problema no es el supuesto de hecho sino es el consecuente, porque le doy un alcance en mayor o menor, estoy hablando de una errónea interpretación, son dos fenómenos que ocurren en partes distintas de la norma, entonces ahí hay un primer fundamento como para descartar la casación
- Está justificada la aplicación, más allá del error en la causal invocada que no se ha configurado, más allá de eso, no hay ninguna causal.
- Se pretende introducir temas de hechos, temas probatorios que no se configuran en función del Código Orgánico Integral Penal.
- Hay una aplicación correcta de la normativa, la normativa se aplicado a los hechos correspondientes.
- Reitera el pedido de que se rechace la casación planteada.

6.5 Intervención de la señora María Johana Vera Vera, procesada no recurrente.

Interviene el abogado Cesar García Sánchez, defensor técnico de la señora María Johana Vera Vera, procesada no recurrente, y, con la finalidad de manifestar si los derechos de su patrocinada han sido respetados en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, interpuesto por el señor José Iván Espinel Molina, manifestó en lo principal lo siguiente:
- Mi defendida se encuentra sancionada en esta causa a través de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que ratificó la sentencia de primer nivel, que la consideró cómplice del delito de lavado de activos, imponiéndole una pena de tres años y cuatro meses de privación de la libertad, en aplicación al Art. 317 del COIP, teniendo en cuenta el monto de los activos que se consideraron lavados.
- Esta pena corresponde al tercio de la pena de diez años que le fue aplicado al autor de la conducta punible.
- Resulta señores jueces que la sentencia condenatoria se considera probado el delito de lavado de activos ocurrido en el periodo comprendido entre el año 2010 al 2016, dando por cierto que los actos punibles se llevaron a efecto desde el año 2010 y que se prolongaron hasta el año 2016, de modo que es claro que el inicio de la conducta punible que se sanciona ocurrió varios años antes de que el COIP fuera promulgado y se encuentre vigente.
- Sin que sea jurídicamente correcta la aplicación de la norma contenida en el Art. 317 del COIP para efectos de imponer la sanción en este proceso.
- Lo que corresponde para efectos de la imposición de la condena, en aplicación del principio de seguridad jurídica, en aplicación al principio de legalidad, contenido en el Art. 76.3 de la Constitución de la República y en observancia de las reglas de aplicación temporal de la Ley Penal, contenidas en el Art. 16 del COIP, es la aplicación del Art. 15 de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos actualmente derogado, y

que se encontraba vigente en el año 2010, con el que se presume iniciada la conducta punible.
- Cabe resaltar que este cuerpo normativo tipificaba el delito de lavado de activos con idénticos elementos típicos normativos y subjetivos que la actual 317 del COIP.
- Existe conflicto de leyes entre aquello que regía al inicio de la conducta con aquella vigente al tiempo en que la conducta cesó corresponde por principio de favorabilidad aplicar la ley que contienen la pena más grave.
- Para efectos de la aplicación de la norma citada contenida en el Art. 15 de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos.
- Simplemente pido que se aplique la favorabilidad y se case de oficio y se aplique el principio de favorabilidad y legalidad por la fecha de la comisión de la infracción.

6.6 Fiscalía General del Estado.

La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscal General del Estado, en relación a la exposición realizada por el abogado Cesar García Sánchez, defensor técnico de la señora María Johana Vera Vera, procesada no recurrente, manifestó que ella no es recurrente, por lo que no está facultada a plantear cargos casacionales, hay una violación al principio de lealtad judicial que debería ser sancionado.

6.7 Unidad de Análisis Financiero y Económico.

La abogada Michelle Sarmiento Álvarez, en representación de la Unidad de Análisis Financiero y Económico del Ecuador, en su calidad de acusadora particular, en relación a la exposición realizada por el abogado Cesar García Sánchez, defensor técnico de la señora María Johana Vera Vera, procesada no recurrente, manifestó que está actuando con deslealtad procesal, y está afectando al derecho a la defensa, pues, pretendió fundamentar una causal que no ha sido admitida.

6.8 Intervención del señor Juan Carlos Varzola García, procesado no recurrente.

Interviene el abogado Doménico Carrillo Abad, defensor técnico del señor Juan Carlos Varzola García, procesado no recurrente, y, con la finalidad de manifestar si los derechos de su patrocinada han sido respetados en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, interpuesto por el señor José Iván Espinel Molina, manifestó en lo principal lo siguiente:
- En la segunda instancia se vulneraron derechos constitucionales y procesales de mi defendido, eso lo pusimos en conocimiento de la Corte Constitucional.
- Ustedes señores jueces, antes que aplicar el COIP, tienen que aplicar la Constitución.
- Como se desprende de la acción extraordinaria, que se encuentra presentada en la Corte Nacional, existen serias bases para presumir la vulneración de las garantías del artículo 176 literal a), c), k) de la Constitución.
- La Sala Penal, en su momento, no consideró estos temas, por lo que tuvo que interponer una acción extraordinaria de protección; aunque la Corte Nacional todavía puede resolver esta vulneración, porque existe el derecho al doble conforme, que no es el mismo que el derecho a recurrir.
- El doble conforme implica que, una vez que un procesado ha interpuesto un recurso, no se puede poner trabas o dejarlo en la indefensión, porque los juzgadores deben revisar la integralidad del caso, evaluarlo para que verdaderamente haya esta doble conformidad de la decisión de los jueces.
- Solicita que se revise esta situación, que ha provocado la vulneración de y se tomen las medidas correctivas para solventar esta vulneración.

6.9 Intervención del señor Walter Andrade Muñoz, procesado no recurrente.

Interviene la abogada Vanessa Zabala Fonseca, defensora técnica del señor Walter Andrade Muñoz, procesado no recurrente, y, con la finalidad de manifestar si los derechos de su patrocinado han sido respetados en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, interpuesto por el señor José Iván Espinel Molina, manifestó en lo principal lo siguiente:
- Su defendido no es recurrente dentro de este proceso, sin embargo, por aplicación inmediata de los derechos de la Constitución, solicita que se aplique lo dispuesto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, el principio de legalidad: Nadie puede ser juzgado ni sancionado con una pena que no existía previo a la comisión del delito.
- Se ha determinado que este delito ha sido cometido a partir del 2010, por lo tanto, corresponde la aplicación de la Ley vigente a esa fecha, y no el COIP, que no había sido promulgado ni tampoco se encontraba vigente.
- Corresponde la aplicación de la Ley Para Reprimir el Delito de Lavado de Activos, vigente a esta fecha, concretamente el artículo 15, y más concretamente el numeral segundo, en relación

al monto de los activos que se consideraron lavados.
- Solicita que, de oficio, se solvente este error, esta violación a los derechos constitucionales, y se corrijan a la aplicación en lo que tiene que ver a la sanción, aplicando la Ley correcta.

6.10. Réplica del señor José Iván Espinel Molina, procesado y casacionista.

La abogada Vanesa Zabala Fonseca, defensora técnica del casacionista, señor José Iván Espinel Molina, en ejercicio de su derecho a la réplica, manifestó en lo principal que:
- La interpretación errónea de la Ley es la resultante de un concepto falso o equivocado sobre el espíritu, sobre el alcance y sobre las consecuencias de la norma penal, en relación al hecho concreto al caso.
- ¿Cuál es el espíritu de la norma del artículo 317? el espíritu es sancionar la introducción de activos de origen ilícito al sistema lícito del mercado nacional.
- No pretende inobservar la autonomía del tipo penal, porque no ha solicitado la existencia de una sentencia precedente al delito de lavado de activos.
- No pretende una nueva revisión de hechos ni valoración de pruebas, lo que solicita, es que se consideren los hechos que fueron dados por ciertos por la Sala, los que ya fueron susceptibles de una conclusión luego de valorar la prueba, y que constan en el numeral octavo de la sentencia, que determina que los doscientos sesenta y siete mil dólares son de origen injustificado.
- La Sala no justificó el origen de los activos, y manifiesta de manera clara y reiterativa que los activos no se han justificado.
- Falta de justificación, no es equivalente a activo de origen ilícito, en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la sentencia 141519, en el caso 1415, cuando se pronunció sobre la inconstitucional condicionada de la norma que tipificó el delito de receptación, manifestando que, considerar la injustificación de los activos como prueba de culpabilidad en contra del procesado, es violentar su principio de inocencia.
- La obligada a probar los activos ilícitos era la Fiscalía. El Tribunal debió llegar a la conclusión de que esa prueba existe, insiste, no solicita la valoración de hechos, tampoco la revisión de la prueba.
- Solicita que se revise la conclusión del Tribunal, que en el considerando octavo de su fallo expresó con claridad suprema: que no existe justificación de los activos, es decir, no se ha determinado ese origen ilícito, que es un elemento normativo.
- Lo expuesto viola lo manifestado por la propia sentencia en su numeral séptimo, cuando cita de manera expresa lo que la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas señaló, al manifestar que es necesario probar como elemento de lavado de activos, que el capital está constituido de un delito precedente, y luego manifestó que este delito precedente se debe comprobar a partir de indicios, demostrando que el activo proviene de un delito, si la sentencia en su numeral octavo no concluye que los activos provienen de un delito, ni concluye que los activos tienen un origen ilícito sino concluye que tienen un origen injustificado.
- Se ha aplicado la norma del artículo 317, ampliando sus límites, en consecuencia lo que **correspondía la aplicación a los hechos, que se han considerado probados es ratificar el principio de inocencia**.
- Solicita que en aplicación de su facultad para casar de oficio la sentencia, se corrija el error, en lo que tiene que ver a la aplicación de la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, que, por principio de favorabilidad, ante el conflicto de leyes, corresponde la aplicación de la pena más favorable.

6.11 Contrarréplica de Fiscalía General del Estado.

La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscal General del Estado, en ejercicio de la contrarréplica, expuso en lo principal lo siguiente:
- Las intervenciones de las personas que, no siendo recurrentes, formularon peticiones sobre casaciones de oficio, violentan el principio del recurso de casación, ya que no siendo recurrentes no tienen la posibilidad de hacer este tipo de pedidos,
- Se manifestó que hay una acción extraordinaria de protección que se está tramitando en la Corte Constitucional, se tendrá que esperar su resultado primero.
- y luego, además existen en las personas no recurrentes que hicieron algún tipo de fundamentación del recurso ilegalmente dejó pedido de que debe aplicarse una norma que para ellos no fue existente. Yo quiero recordarles a los señores abogados, que el delito de lavado

de activos en este caso fue un delito continuado y sabemos que un delito continuado sigue desarrollándose en el tiempo y cuando se toma como fecha del delito, en el momento en que cesen sus actividades.

- Por otra parte, el delito previo debo recordarle que sí que efectivamente así mismo era pero antes, recordemos que los nuevos si usted revisa la Convención de Viena encontraremos que sí que afectamente se solicitaba el delito previo pero justamente luego de ello con el avance jurisprudencial, con el avance doctrinario y legal de los países esa teoría no está siquiera vigente ratifico mi pedido que se niegue el recurso de casación solicitado.

6.12 Contrarréplica de la Unidad de Análisis Financiero y Económico.

La abogada Michelle Sarmiento Álvarez, en representación de la Unidad de Análisis Financiero y Económico del Ecuador, acusadora particular dentro de la causa *sub judice*, en ejercicio de la contrarréplica, expuso en lo principal lo siguiente:

- No se requiere un delito precedente con sentencia ejecutoriada, si hay y si se desprende que en el proceso que hay dos delitos por los que sigue y justamente justificaron el origen ilícito de este dinero los cuales están siguiendo a través del órgano pertinente que es Fiscalía, los cuales son delito de peculado y enriquecimiento ilícito con los cuales si se evidencia efectivamente el origen ilícito de estos dineros. El delito es autónomo y debe ser tratado como tal.

SÉPTIMO:
ANÁLISIS EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA POR EL RECURRENTE, SEÑOR JOSÉ IVÁN ESPINEL MOLINA, CON LA FINALIDAD DE SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO DENTRO DEL CASO SUB JUDICE.

7.1 El principio dispositivo[18], conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, rige todas las etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales; es por ello que, la fase de admisibilidad, dentro de la sustanciación del presente medio extraordinario de impugnación, tiene por finalidad establecer el perímetro al que deben ceñirse los argumentos de los sujetos procesales e la audiencia. En este sentido, cabe destacar que, mediante auto de 28 de septiembre de 2020, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, luego del correspondiente examen de admisibilidad, determinó que el cargo referente a la supuesta errónea interpretación del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en sus numerales 1, 2, 4 y 5, e inciso final de la sección primera de la referida norma jurídica, deviene en admisible. Por consiguiente, la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor José Iván Espinel Molina, debía circunscribirse específicamente a este cargo.

7.2 Premisas de carácter inaugural, en el análisis del recurso de casación *in examine*. Previo al examen de los planteamientos esgrimidos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, se considera necesario sentar la siguiente premisa: el recurso de casación es un medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia objetada; por ende, la labor intelectiva de este Tribunal debe concretarse en la resolución dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 21 de enero de 2020, las 11h01.

El control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación jurisdiccional de garantizar a los justiciables la adecuada aplicación del derecho en la resolución del asunto litigioso,

[18] **Art. 168.** La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. 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.

[19] **Art. 8.** Principio de independencia. Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.
Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, dado que, no otorga a los Jueces la facultad de revisar o modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales; esta actividad le corresponde privativamente a los Jueces de instancia, por consiguiente, la incursión en cualquiera de estas potestades, en sede casacional, supone la violación al principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 819 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sin embargo, se debe destacar que, no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, pues, el carácter limitado de este medio impugnatorio, también se manifiesta en la necesidad de que el error de derecho alegado, se derive de un vicio *in iudicando*, es decir, un equívoco cometido por el Juzgador, en el proceso intelectivo de construcción de su decisión, en los aspectos que atañen al fondo de la controversia, además, los yerros *in iudicando* deben cometerse bajo una de las tres modalidades exclusivas y excluyentes previstas en el ordenamiento jurídico[20], y deben ser trascendentes, es decir, deben tener tal incidencia, que de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido radicalmente distinta.

En razón de las consideraciones expuestas, es posible colegir que, el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación se manifiesta en tres dimensiones:

1. Constituyen materia de casación solo los errores de derecho.
2. Los errores de derecho susceptibles de casación son aquellos que la doctrina los denomina *in iudicando.*
3. El yerro *in iudicando* planteado en casación se rige por los principios de taxatividad, trascendencia y no debate de instancia.

Partiendo de estos presupuestos, al infrascrito Tribunal de casación le corresponde realizar un estudio analítico, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, con la finalidad de establecer si, en efecto, dichos argumentos acreditan la incursión del Tribunal *adquem* en el yerro de derecho admitido.

7.3 Sobre la errónea interpretación del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en sus numerales 1, 2, 4 y 5, y sección primera del inciso final del mentado precepto normativo. El análisis de este yerro de derecho nos plantea una necesidad de carácter inaugural, esto es, la determinación del alcance de la causal de casación invocada por el recurrente, por consiguiente, se advierte que, existe errónea interpretación de la ley cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos probatorios aportados por las partes procesales, fijan como cierto un determinado curso causal, subsumiéndolo al supuesto de hecho descrito en la norma jurídica pertinente, es decir, en el precepto que resulta adecuado para la resolución de la causa, sin embargo, a pesar de ser la norma jurídica correcta, los juzgadores deforman su alcance al otorgarle un sentido distinto al que realmente le corresponde.

Este yerro recae en la comprensión que los Jueces tienen respecto a una determinada norma jurídica, por tal razón, el casacionista debe justificar, tanto el errado alcance que los Jueces consignaron al precepto, como aquella interpretación que considera es la correcta.

El proceso de violación a una norma jurídica, bajo la modalidad de errónea interpretación, lo podemos sintetizar de la siguiente manera:

- Valoración de los elementos probatorios.
- Determinación de los hechos.
- Correcta adecuación de los hechos a la norma jurídica.
- Inadecuada comprensión de la norma jurídica empleada.

El señor José Iván Espinel Molina, procesado, planteó la errónea interpretación de la norma jurídica que tipifica el siguiente injusto:

"Art. 317. Lavado de activos. La persona que en forma directa o indirecta:

1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de **activos de origen ilícito**.

[20] **Art. 656.** Procedencia. El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de **activos de origen ilícito** (...).
4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.

   Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el **origen ilícito** de los activos objeto del delito. (El énfasis nos corresponde).

Los argumentos expuestos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, plantearon como principal reproche la falta de acreditación del origen ilícito de los fondos supuestamente blanqueados; expone el recurrente que el Tribunal *adquem* más bien se refirió al carácter injustificado de estos activos. Para la defensa técnica del casacionista, ahí radica la errónea interpretación del tipo penal transcrito *ut supra,* así lo evidenciamos en sus argumentos:

- La Sala de Apelación ha considerado probado la existencia de activos injustificados en el patrimonio de su defendido (...) esto lo manifiesta en el numeral octavo de la sentencia recurrida; en este considerando se comete el error de interpretación.
- En el numeral octavo de la sentencia impugnada (...) el Tribunal de Apelación (...) ha manifestado que los activos constituyen dinero no justificado.
- (...) los dineros no justificados se han invertido en actividades en el aparato financiero nacional.
- De manera reiterada, la Sala sostuvo en su fallo que el activo no se ha justificado, siendo incongruente con lo manifestado por la propia sentencia en el numeral séptimo, que de manera correcta ha invocado la norma del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 6 de la Convención Americana de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada y Transnacional y el artículo 3 de la Convención de Viena, normas que consideran de manera concordante que el elemento normativo indispensable para la existencia de lavado de activos es el origen ilícito de los activos y su determinación.
- El lavado de activos tiene como elemento normativo la existencia de activos de origen ilícito, lo cual debe ser justificado por parte de la Fiscalía.
- Solamente la actividad previa, de origen ilícito o delictivo, es capaz de generar como consecuencia el delito de lavado de activos, así lo manifiestan las disposiciones de la ley, y también la doctrina, que ha sido citada en el numeral séptimo de la sentencia recurrida.
- Es necesaria la prueba directa o indiciaria del delito precedente, del cual provinieron los activos de origen ilícito.
- Los hechos probados y dados por ciertos en la sentencia, no demuestran ni dan cuenta de la existencia de un delito precedente, ni de una actividad ilícita previa, de las cuales hayan provenido los activos.
- Se generó como premisa, la injustificación del activo, invirtiendo la carga de la prueba y ampliando los límites del tipo penal, éste es el error de interpretación.

Los planteamientos esgrimidos por el señor Iván Espinel Molina, en torno a la supuesta errónea interpretación del delito de lavado de activos, plantean al infrascrito Tribunal la necesidad de concretar el control de legalidad del fallo recurrido, en el estudio del tipo penal imputado al encartado, con la finalidad de verificar si, conforme manifestó en la audiencia, los elementos objetivos del tipo concretamente, el elemento normativo " activos de origen ilícito" ha sido erróneamente concebido por el Tribunal Adquem, por consiguiente, el examen sobre la necesidad de corrección del mentado yerro, constituye el problema jurídico que los Jueces de casación debemos resolver. En conclusión, el problema jurídico a resolver en la presente causa involucra un supuesto yerro en la interpretación del tipo penal " lavado de activos" , y se concreta en la siguiente interrogante: ¿***Dieron un sentido distinto los Jueces de segundo nivel al elemento normativo " activos de origen ilícito"?***

7.4 Solución al problema jurídico planteado por el señor José Iván Espinel Molina, a la luz de sus argumentos, de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Para dar solución al problema jurídico planteado por el recurrente, resulta preciso sentar

dos premisas de inexorable análisis:

Inmutabilidad de los hechos del caso concreto. Los hechos fijados como ciertos en la sentencia impugnada resultan inalterables en sede de casación, pues, éstos nacen del ejercicio intelectivo de valoración de los elementos de prueba, potestad privativa de los Jueces de instancia.

Este criterio se encuentra plasmado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que prohíbe expresamente a los Jueces de casación ejercer la potestad de valorar el acervo probatorio.

Conforme enseña el tratadista Michelle Taruffo, el litigio o contienda judicial tiene su génesis en la determinación de los hechos sometidos a examen. En el proceso penal, que se rige por los principios acusatorio, contradictorio y adversarial, las partes procesales desarrollan, en el marco de la igualdad de armas, un debate que se circunscribe en la determinación sobre la existencia de ciertos hechos de relevancia penal[21]; agrega el mentado tratadista que *" ...la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el Tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa..."*[22].

Ahora bien, ¿Qué les permite a los Juzgadores poner fin al litigio, determinando la verdad de los hechos?

Solamente el adecuado ejercicio intelectivo de justipreciación o valoración de los elementos de prueba, permite al juzgador llegar a determinar la verdad sobre los hechos sometidos a litigio. Por tal razón, es posible determinar que los medios de prueba cumplen la finalidad de acreditar la secuencia causal de un determinado relato fáctico; siguiendo a Taruffo, tenemos que *" ..."De forma más o menos clara, los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: " medio de prueba" es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa..."*[23] (Énfasis añadido).

En el caso concreto, los Jjueces que integraron el Tribunal de apelación, al emitir su resolución, fijaron como hecho cierto el siguiente relato: *"...de las pruebas actuadas y de las alegaciones realizadas por las partes procesales, la Sala llega al convencimiento, que los procesados en la presente causa penal consciente y voluntariamente ejecutaron varias actividades de carácter financiero que se ajustan a los verbos rectores del tipo penal descrito en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal...".*

¿Por qué estos hechos resultan inmutables en sede de casación?

Conforme anotamos en líneas precedentes, los hechos solamente se determinan mediante la valoración de la prueba, así lo establece el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, al manifestar que: *" ...La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos..."* . Ahora bien, la potestad de valorar prueba, por disposición del segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, insistimos, está vedada para los integrantes del Tribunal de casación, consecuentemente, al estar impedidos de valorar prueba, los hechos fijados en la sentencia impugnada resultan inalterables en esta sede.

Pero ¿que implica la determinación de los hechos? Pues bien, para imputar responsabilidad a una persona debe establecerse, en primer lugar, la conducta, el resultado que esa conducta generó en el mundo externo, y la relación de causalidad entre la acción y el resultado, ésta relación de causalidad debe analizarse a la luz de criterios objetivos de imputación, no solamente desde el punto de vista naturalista; así:

- La conducta debe ser típica.
- El resultado debe ser lesivo.
- Se precisa una relación de causalidad entre acción y resultado (no meramente ontológica).

Correcta adecuación de los hechos a los elementos del tipo penal imputado al procesado. Como segunda premisa, debemos sentar que, la causal casacional de errónea interpretación supone la correcta aplicación de la norma jurídica a los hechos determinados como ciertos.

Es decir, luego de que los Juzgadores fijaron como cierto el relato fáctico, que involucra un curso

[21] Art. 22. Conductas penalmente relevantes. Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.
No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

[22] TARUFFO, Michelle; Teoría de la Prueba; Ara Editores; Perú; 2012; p.13.

[23] TARUFFO, Michelle; *op.cit*; p.13.

causal lesivo para el orden socioeconómico de Estado, adecuaron correctamente estos hechos a los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de lavado de activos.

El error de derecho alegado por el procesado no plantea un reproche sobre el ejercicio de subsunción de los hechos a la norma, más bien, propone un yerro en la comprensión de la norma, plantea un error de carácter conceptual, en términos coloquiales, el casacionista plantea que, es correcta la aplicación del tipo penal "lavado de activos", pero es equívoca la concepción de los Jueces sobre esta figura delictiva.

En base a estas dos premisas, podemos llegar a la siguiente conclusión: El planteamiento del cargo de errónea interpretación del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en sus numerales 1, 2, 4 y 5, y la sección primera del inciso final del mentado precepto normativo, supone la correcta aplicación del tipo penal de lavado de activos, a los hechos determinados como ciertos en la sentencia objetada.

Partiendo de estos presupuestos, los integrantes del infrascrito Tribunal nos encontramos en la necesidad de circunscribir este análisis en la estructura típica del delito de lavado de activos, con la finalidad de establecer si, en efecto, los Jueces dieron un alcance equívoco al elemento normativo "activos de origen ilícito", pues, en el entendimiento de este elemento de la tipicidad objetiva del delito imputado al recurrente, radica el yerro alegado por su defensora técnica.

En tal virtud, se considera pertinente iniciar este estudio, definiendo el delito de lavado de activos, por lo que, en primer lugar, acudimos al concepto formulado por el profesor argentino Francisco J. D'Albora, quien, en su obra denominada "El Lavado de Dinero" , define a este ilícito como el *"...proceso en virtud del cual los bienes de origen ilícito pretenden su integración en la economía formal con la apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita…".*

Por su parte, el tratadista Jorge Buompadre expone que *" ...Por lavado de dinero debe entenderse aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita..."*[24]. Ruiz Vadillo y Diez Ripollés, citados por el prenombrado tratadista, explican que el lavado de activos se manifiesta mediante la *"...regularización, conversión, naturalización, normalización, etc., de capitales de origen delictivo..."*[25].

En definitiva, el delito de lavado de activos supone la ejecución de una serie de maniobras, encaminadas hacia un fin específico: la integración a la economía formal del dinero, bienes o activos obtenidos mediante el cometimiento de un delito.

Este ilícito tiene un origen relativamente nuevo, así destaca el doctor Javier Zaragoza, quien, al referirse a los antecedentes históricos de este delito, enseña lo siguiente:

> "...La expresión " lavado de dinero" fue, al parecer, acuñada en los Estados Unidos de América durante el decenio de 1920 cuando ciertos grupos de delincuentes organizados trataron de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero que sus negocios turbios generaban. Para ello, esas bandas criminales adquirían negocios de servicios pagaderos en metálico, y frecuentemente optaban por comprar lavanderías, servicios de lavado de coches, empresas de expendedores automáticos, etc. La finalidad era mezclar fondos legales e ilegales, y declarar sus ingresos totales como ganancias de su negocio tapadera. Al hacerlo combinaban en una sola etapa las tres fases del ciclo normal del blanqueo de dinero: se distanciaba el dinero del delito [fase de colocación], se ocultaba en un negocio legítimo [fase de ensombrecimiento] y finalmente afloraba como ganancias de una empresa legal que justificaba la cantidad de dinero declarada [fase de integración]..."[26].

El origen y desarrollo de este tipo penal responde a los procesos de globalización, innovación tecnológica y expansión del comercio y macroeconomía; pues, estos fenómenos han influenciado directamente en la cuestión criminal, al otorgar a las personas herramientas para el cometimiento de

[24] BUOMPADRE, Jorge; Derecho Penal Parte Especial, Tomo III; Mario A. Viera Editor; Argentina; 2003; p. 490.
[25] BUOMPADRE, Jorge; op cit. p. 489.
[26] ZARAGOZA, Javier; Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial; OEA; Washington, Estados Unidos; p. 300.

delitos, permitiéndoles perfeccionar sus métodos, a fin de procurar impunidad y facilitar el aprovechamiento de los réditos del ilícito.

El delito de lavado de activos no surgió a raíz de la iniciativa de los Estados, más bien, se originó como una respuesta de los Estados a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, ya que, en razón del gran impacto lesivo de estas conductas, y su afectación a bienes jurídicos supraindividuales, ha sido la comunidad internacional la que ha conminado a los Estados a adecuar sus legislaciones, de tal manera que estas conductas no queden en la impunidad.

Anota Zaragoza que " *...La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de una moderna delincuencia caracterizada por un fuerte vínculo asociativo, una elevada profesionalización y una marcada planificación empresarial, arranca a finales de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional..."* [27].

En materia de lavado de activos, posee sustancial importancia la Convención de las Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena de 1988), pues, aunque este Tratado se refiere a los efectos del delito de tráfico internacional de drogas, en su artículo tercero, describe una serie de conductas, cuyos elementos configuran el actual delito de lavado de activos[28].

Sin embargo, debido al constante desarrollo del fenómeno delictivo, los Estados se vieron en la necesidad de suscribir nuevos acuerdos, para evitar que el producto de las conductas ilícitas pueda ser aprovechado por los delincuentes; por lo que, sobre la base de la Convención de Viena de 1988, se aprobaron la Convención de Palermo de 2000 y la Convención de Mérida de 2003, con dos aspectos relevantes; en primer lugar, el origen de los activos ilícitos no se limita al tráfico de drogas; adicionalmente, se formula en las dos Convenciones una definición de activo, que abarca toda " ventaja económica", que devenga una actividad delictiva previa.

En cuanto a la evolución legislativa del delito de lavado de activos, en el plano internacional, Mateo Bermejo y José Agustina destacan lo siguiente:

"...Las normas fundamentales cuya referencia resulta ineludible para comprender la evolución legislativa de la política de prevención del blanqueo de capitales en el plano internacional, por orden cronológico, son: 1) Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal (1988), 2) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas –Convención de Viena (1988), 3) 40 recomendaciones del GAFI (1990), 4) Convención del Consejo de Europa o Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990), 5) Directivas Europeas (1991, 2001, 2005), 6) Corpus Iuris (1999), 7) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (2000) –Convención de Palermo; 8) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) [29].

Con este antecedente, queda claro que, son las normas supranacionales aquellas que han otorgado el alcance a este delito, por consiguiente, es posible advertir que la estructura típica de este delito, coincide entre las legislaciones de los distintos países.

<u>Estructura Típica del Delito de Lavado de Activos en el Código Orgánico Integral Penal</u>. El artículo 18 del mentado cuerpo de leyes, define a

[27] ZARAGOZA, Javier; Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial; OEA; Washington, Estados Unidos; p. 300.

[28] " ...i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos..." .

[29] BERMEJO, Mateo; AGUSTINA, José R; El delito de Blanqueo de Capitales en El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma (Nuria Pastor Muñoz, coord.; Jesús Mª. Silva Sánchez, dir). Editorial La Ley, 2012; España; pp. 439462.

la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable. Este concepto responde a una construcción dogmática, que a lo largo de los años ha sido elaborado por la doctrina jurídico penal, dentro de la denominada *"teoría del delito*", estudiada en la parte general del derecho penal.

Pensadores clásicos, como Ernst Ludwig Von Beling, también concibieron al delito como la acción típica antijurídica y culpable[30].

Por su parte, El tratadista alemán HansHeinrich Jescheck, refiriéndose al concepto clásico de delito enseña lo siguiente:

(...) El concepto clásico de delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa. La base de este sistema fue el concepto de acción, concebido todavía por Beling y V. Liszt en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (...) Afirmada la presencia de una acción, debía comprobarse a continuación si concurrían también los predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (...)[31] (Énfasis añadido).

Asimismo, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra de corte finalista, Tratado de Derecho Penal, Parte General, al referirse al concepto elaborado por la teoría del delito concuerda que: *" ...Cabe iniciar este análisis por la teoría del delito, partiendo de la muy general aproximación que lo entiende como una acción típica, antijurídica y culpable..."*[32].

Dentro del funcionalismo, el alemán Claus Roxin expresa que *" ...En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable..."*[33]. (El subrayado nos corresponde).

En razón de lo expuesto, se colige que las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito han sido mayoritariamente aceptadas por la doctrina jurídico penal, existiendo consenso en que sólo aquellas conductas que cumplan estas características deberán ser consideradas delito, *ergo*, el análisis judicial, una vez determinada la existencia de una conducta humana, debe concretarse en la categoría dogmática de la **tipicidad**, que supone el ejercicio de subsunción de los hechos declarados ciertos, a la estructura típica de la norma jurídica aplicada en la resolución de la causa, es decir, a los elementos objetivos y subjetivos del delito de lavado de activos; ejercicio de subsunción que, a decir del recurrente, fue correctamente desarrollado por los Juzgadores de segundo nivel.

Sobre la categoría dogmática de la tipicidad. La resolución del problema jurídico planteado por el recurrente, nos coloca en la obligación de circunscribir este análisis en la categoría dogmática de la tipicidad.

La tipicidad de la conducta responde a la vigencia del principio de legalidad, piedra angular del sistema jurídico penal garantista. Ferrajoli, en su obra sobre la Teoría del Garantismo Penal, se refiere a este principio con el siguiente aforismo: *"Nullum crimen sine lege"* . Es decir, no hay delito, sin que exista una ley previa que lo tipifique. Si aceptamos que, solamente las conductas que poseen una descripción en el ordenamiento jurídico son susceptibles de investigación, procesamiento, y juzgamiento, tenemos que, para la correcta motivación del fallo, resulta imperioso que los hechos declarados ciertos en la especie, hayan sido adecuados armónicamente a cada uno de los elementos de la tipicidad. Insistimos, sobre este punto no existe reproche alguno, todo lo contrario, se reconoce la correcta subsunción de los hechos a la norma, el yerro planteado recae en la comprensión de uno de los elementos.

La tipicidad posee elementos de índole objetiva y subjetiva. Los elementos objetivos pueden ser necesarios o accidentales; dentro de los elementos objetivos necesarios del tipo se encuentra el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector y el objeto, tanto material como jurídico. Dentro de los elementos accidentales, se encuentran los elementos normativos o descriptivos, y los elementos valorativos. Por su parte, integra la tipicidad subjetiva del delito, la culpa o el dolo.

---

[30] Jiménez de Asúa, Luis; Lecciones de Derecho Penal; Oxford; México; 2006; p. 132.
[31] Jescheck, HansHeinrich; Tratado de Derecho Penal, Parte General; Editorial Bosch; BarcelonaEspaña; 1981; p. 174.
[32] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Derecho Penal Parte General; Ediar; Buenos Aires, Argentina; 2002; p. 373.
[33] Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito; Civitas; Madrid-España; 1997; p. 193.

Con la finalidad de solventar el problema jurídico planteado por el recurrente, que recae sobre un elemento de la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos, corresponde entender la estructura típica de este delito; solo así, podremos determinar si existe un yerro, en la comprensión del elemento normativo " activos de origen ilícito".

7.4.1 Elementos constitutivos del tipo objetivo:

7.4.1.1 El Sujeto activo, o autor del hecho. Empezamos por referirnos al sujeto activo de la conducta típica, para tal efecto, estimamos necesario conceptualizar este elemento objetivo de carácter necesario, y decimos que es necesario porque sin la existencia de un sujeto activo dentro de una descripción típica, simplemente, resultaría irrealizable el delito.

Sujeto activo constituye aquel individuo de la especie humana que voluntaria y conscientemente ha decidido quebrantar el orden social, poniendo en marcha un curso de causalidad lesivo a un bien jurídico ajeno, y adecuando su conducta a un determinado tipo penal; por ejemplo, en el delito de homicidio, sujeto activo es la persona que da muerte a otra.

Ahora bien, la descripción que realiza la ley, en torno al sujeto activo, puede referirse a dos calidades, esto es: sujeto activo calificado o sujeto activo simple. Sobre lo anotado, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni, explica lo siguiente:

> (...) El sujeto activo puede ser simple o calificado, dando lugar el primero a *los delicta comunia* y el segundo a los *delicta propia* (...) La calificación del sujeto activo puede ser necesaria o legal, en el siguiente sentido: hay un sujeto activo necesariamente calificado cuando de la naturaleza misma de la conducta prohibida surge la calificación (así por ejemplo, no puede ser un hombre sujeto activo del autoaborto). En lugar hay una calificación meramente legal cuando lo que da ese requerimiento es una calidad eventual de la que surge un mayor o menor contenido injusto del hecho: así la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado, no deviene de la esencia de la conducta de homicidio. La calificación del sujeto activo puede también ser natural o jurídica. Es natural cuando depende de conceptos que no requieren valoración jurídica para ser comprendidos a nivel de valoración paralela en la esfera del lego (padre, madre, mujer) y es jurídica cuando requieren esta valoración (funcionario público, tutor) (...)[34].

Con este antecedente, y, concretando el presente estudio en el delito de lavado de activos, se determina que el sujeto activo de esta conducta es simple, pues, la legislación no impone ninguna condición o característica a este elemento; entonces, puede cometer lavado de activos cualquier individuo de la especie humana; en el presente caso, el señor José Iván Espinel Molina.

7.4.1.2 Sujeto pasivo, o víctima del hecho. En el delito de lavado de activos, el sujeto pasivo está representado por aquel o aquellos individuos que ejercen la titularidad del bien jurídico protegido por el tipo penal.

Del concepto desarrollado en el párrafo que antecede, se advierte la estrecha relación entre el sujeto pasivo y la noción de bien jurídico, por tal motivo, a efectos de ser más didácticos, tanto en el estudio del sujeto pasivo, como en la determinación del bien jurídico protegido por este tipo penal, consideramos oportuno referirnos inicialmente al bien jurídico, para una vez identificado, establecer quién es el titular del mismo, y por ende, el sujeto pasivo del delito de lavado de activos.

La noción del bien jurídico ha generado diversos criterios en la dogmática penal, especialmente dentro del funcionalismo, así, para el funcionalismo radical, la vigencia de la norma jurídica constituye el fin del derecho penal, por tanto, el ejercicio de la actividad punitiva del Estado se legitima en el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, siendo indiferente si la conducta reprimida lesionó o no un derecho; por otro lado, el funcionalismo moderado considera que el derecho penal, y, concretamente, las normas penales protegen derechos o bienes jurídicos.

En el Ecuador, el estudio respecto a la finalidad de las normas penales nos coloca en la inexorable necesidad de remitirnos a la Constitución de la

[34] Zaffaroni, Eugenio; Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, P. 282.

República, que, en su artículo primero declara que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social; esta declaratoria supuso un cambio en el paradigma constitucional, colocando al ser humano en una posición privilegiada frente al ejercicio de la actividad estatal.

Los derechos, concebidos como atributos intrínsecos a la calidad de ser humano, constituyen la piedra angular sobre la cual se edifica el sistema jurídico ecuatoriano, por tal razón, el artículo 11.9 de la Carta Fundamental establece que *" ...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución..."* . Ávila Santamaría asegura que *" ...Los derechos humanos constituyen la base del sistema político y jurídico contemporáneo..."*[35].

En este contexto, resulta importante destacar que, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, las normas jurídicas se sustentan y legitiman en la utilidad y el beneficio que representen para las personas. Entonces, aunque la doctrina discrepe en cuanto a los fines del derecho penal, se advierte que el sistema jurídico penal ecuatoriano es garantista, por consiguiente, el fin de protección de las normas se concreta en bienes jurídicos o derechos. Sobre el concepto de bien jurídico, Muñoz Conde enseña lo siguiente:

" ...Bien Jurídico. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo penal debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. En ese sentido, bien jurídico es el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo..." 36 (El subrayado me corresponde).

La correcta identificación del bien jurídico permite al Juzgador efectuar un adecuado análisis de antijuridicidad, pues, solamente a partir de la individualización del bien jurídico, es posible determinar la lesividad de la conducta reprochada al procesado. Recordemos que la antijuridicidad posee un componente material, que se verifica cuando la conducta lesiona un determinado bien jurídico (desvalor de resultado).

Sobre este punto de derecho, el profesor español Santiago Mir Puig enseñaba que *" ...La valoración de la peligrosidad ex ante ha de contribuir a decidir el desvalor de la acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada ex post ha de integrar el desvalor del resultado"* [37].

Entonces, el desvalor de resultado integra el análisis de lesividad de la conducta, y, habrá lesividad cuando la conducta lesione el bien jurídico que protege el tipo penal imputado al procesado.

Ahora bien, cabe señalar que el bien jurídico que protege el delito de lavado de activos posee una naturaleza *sui generis,* y es muy difícil concretarlo en un solo concepto, así lo advierte Edgardo Donna, quien anota lo siguiente:

"...En síntesis, como bien lo ha puesto de relieve Suárez González, no hay acuerdo para determinar cuál es el bien jurídico en los tipos penales que regulan el blanqueo de capitales. Por un lado, para un grupo de autores entre los que sobresale Díez Ripollés, el objeto de protección es el orden socioeconómico. Otro grupo de autores afirma que es el interés del Estado en la prevención del tráfico de drogas o cualesquiera otros ilícitos que tengan al blanqueo como causa. Por último, se afirma que es la administración de justicia el bien jurídico protegido..." [38].

De la cita que antecede, se colige que no existe un criterio unívoco para determinar el bien jurídico que protege el delito de lavado de activos, pues, son varios los valores que se pretenden resguardar con esta descripción típica, por ende, consideramos menester realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, es necesario insistir en que este tipo de ilícitos poseen un carácter pluriofensivo, dado

[35] ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro; La (In)justicia Penal en la Democracia de Derechos, una Mirada desde el Garantismo Penal; Universidad Andina Simón Bolívar; Quito, Ecuador; 2013; p. 33.
[36] MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General; Tirant La Blanch; Valencia, España; 2004; p. 261.
[37] MIR PUIG, Santiago; El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático; Editorial Ariel; Bercelona España; 1994; p. 192.
[38] Donna, Edgardo; Derecho Penal Parte Especial, Tomo III; RubinzalCulzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2001; p. 606

que afectan valores supraindividuales, que rigen la actividad del Estado, es decir, de aquella entidad que tiene la obligación de respetar y hacer respetar los derechos de las personas, garantizando su convivencia armónica, por lo que, la tipificación de estas conductas pretenden ejercer una labor de prevención general, evitando que el usufructo de los réditos del delito, pueda convertirse en un incentivo en el cometimiento de conductas delictivas. Adicionalmente, se pretende proteger el régimen socioeconómico del Estado, evitando que, por la ejecución de estas maniobras, puedan verse afectados ciertos valores que garantizan estabilidad social y económica del Estado, como la competencia leal, el adecuado tráfico monetario, la evasión de impuestos, etc.; En consecuencia, la ejecución de estas conductas se concreta en la lesión de varios bienes jurídicos, que corresponden a toda la sociedad, quien es, en definitiva, el **sujeto pasivo de este delito**.

7.4.1.3 Objeto. Este elemento de la tipicidad objetiva admite una división, esto es, el objeto material y el objeto jurídico. El objeto jurídico ya lo hemos analizado, pues, está constituido por el bien jurídico que protege el tipo penal. Mientras que el **objeto material**, esto es, el resultado, se configura en la vulneración del orden socioeconómico del Estado.

7.4.1.4 Verbos rectores. El verbo rector, o núcleo de la conducta, está configurado por aquella representación fáctica, que describe la conducta lesiva perpetrada por el sujeto activo. En el caso *in examine,* la legislación describe un sinnúmero de acciones de tipo comisiva, determinándose que el señor José Iván Espinel Molina adecuó su conducta a los siguientes actos:

1. Adquiera, administre, entregue, o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito.
2. Oculte, impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.
4. Organice la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.

La ejecución de estas conductas, conforme se desprende del considerando octavo de la sentencia impugnada, fue debidamente acreditada, por tal razón, de manera adecuada, los Jueces de instancia aplicaron la norma jurídica que describe dichas conductas.

Coincide con esta tesis el casacionista, pues, al haber planteado como cargo casacional, la errónea interpretación del tipo penal en estudio, su reproche no se refiere a la aplicación de la norma, todo lo contrario, el recurrente considera que el precepto debe ser aplicado, el problema jurídico que plantea su medio de impugnación, se refiere al elemento normativo "activos de origen ilícito", elemento normativo que complementa la descripción típica de la conducta, por tal razón, a continuación nos referimos a este punto.

7.4.1.5 Elementos normativos. Elemento normativo es aquel que requiere de otra ciencia, conocimiento o cuerpo legal para ser definido.

Bajo este presupuesto, es posible considerar que, el conjunto de verbos rectores descritos en el tipo penal imputado al recurrente, se encuentra condicionado al efectivo cumplimiento de una circunstancia fáctica, pues, la mera tenencia de activos no configura el delito en cuestión, se precisa que estos activos posean un origen ilícito. Justamente esta circunstancia fáctica constituye un elemento normativo dentro de la tipicidad objetiva del injusto en estudio.

Ahora bien ¿Qué debemos entender por "activo de origen ilícito" ?

Refiriéndose al alcance del término " activos" , tanto la Convención de Mérida, como la Convención de Palermo, establecen: *"...activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos...".*

Cuando los activos tienen como origen el cometimiento de un acto delictivo, se verifica el elemento normativo descrito en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal. Por consiguiente, esta conducta delictiva solamente se consuma cuando los verbos rectores (adquirir, administrar, entregar, beneficiarse, etc.) recaen sobre un beneficio o rédito que provenga de la comisión de un acto típico, antijurídico y culpable.

El debate sobre la procedencia del cargo casacional deducido por el procesado, se circunscribió en este elemento de la tipicidad objetiva, pues, a decir del recurrente, el Tribunal de apelaciones deformó el alcance de este elemento normativo, deslindando a Fiscalía General del Estado de su obligación de justificar el origen ilícito en los activos supuestamente blanqueados, e invirtiendo la carga de la prueba, al indicar que estos activos son "injustificados" , lo

cual implicó que el recurrente demuestre el origen de los activos sometidos a litigio.

Sin embargo, resulta necesario precisar que, los argumentos esgrimidos por el recurrente carecen de asidero; por las siguientes razones:

- En primer término cabe señalar que, de la revisión integra de la sentencia objetada, se desprende que en el numeral séptimo, los jueces que integraron el Tribunal de segundo nivel efectuaron un ejercicio de valoración de las pruebas aportadas por las partes procesales, esta labor intelectiva les permitió llegar a la determinación sobre la existencia cierta de los hechos, los cuales se adecúan armónicamente a los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva (dolo) del delito de lavado de activos. Es decir, se comprobaron a cabalidad todos los elementos que configuran la tipicidad objetiva y subjetiva del delito en mención.
- Como segundo punto, debemos enfatizar en que, el análisis respecto a la acreditación de cada uno de los elementos que integran el tipo penal se realiza de manera autónoma, pues, su acreditación se realiza de manera sucesiva, solo cuando el elemento precedente ha sido ya justificado. Esta obligación fue cumplida por el Tribunal *adquem*, ya que, luego de referirse al resto de elementos típicos del delito, concluyó su análisis, refiriéndose de modo independiente a los " activos de origen ilícito" en el considerando séptimo de su fallo:

  " ...La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona entonces con la carga de la prueba del delito anterior y de esta forma es importante establecer cuáles son los requisitos que resultan necesarios considerar probados en un juicio criminal para tener por acreditada esta circunstancia. Es importante considerar que el delito de lavado de activos es un crimen no tradicional y que es la forma que tiene la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito transnacional. A partir de las enormes e incalculables sumas de dinero que maneja el crimen internacional se ocasiona un daño continuo a la economía no solo de los estados sino a la comunidad internacional. A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos. Se ha dicho por eso que este tipo de crímenes constituye delitos de lesa humanidad, al poner en riesgo a las instituciones democráticas y la estabilidad de las naciones. (Langon Cuñaro, op. Cit. Pág.6.) Uno de los casos típicos de lavado de activos que escapa al concepto del encubrimiento clásico es el supuesto en el cual a partir de indicios es posible comenzar una investigación de lavado de dinero, y posteriormente continuar con esta hasta llegar a un juicio criminal logrando una condena; también cuando no existe una denuncia formal o imputación de un crimen concreto, sino la sospecha por parte de organismos de seguridad de que determinados activos (dinero por ejemplo secuestrado en un aeropuerto a un pasajero) permiten sospechar que provienen de un delito. Es justamente es estos casos cuando el delito de lavado de dinero cobra vida y sé autonomiza totalmente del delito previo.7.1) La prueba indiciaria del origen ilícito de los bienes: Si la finalidad del derecho penal es proteger bienes jurídicos respetando las garantías constitucionales y esencialmente el debido proceso, no encontraríamos reparo alguno en argumentar a favor de la autonomía del delito de lavado de activos en los supuestos en que el delito previo se comprueba a partir de indicios que permitan afirmar, conforme a las reglas de la sana crítica, que el dinero o los activos que se hallan secuestrado provienen de un delito. En última instancia no existe reparo constitucional o legal alguno para impedir esta postura. El problema reside en que lo que se exige es el cambio de un paradigma en vigencia, el clásico delito de encubrimiento del derecho penal liberal, que ante la nueva criminalidad organizada transnacional debe ser superado para que el derecho penal sea efectivo (resguardando siempre las garantías individuales). Por ello intentaremos en este apartado clarificar como puede probarse el delito de lavado de activos en forma autónoma del delito previo. Resulta necesario que en la valoración de la prueba se admita el concepto de sana crítica y libertad probatoria con la única limitación de que las acciones desarrolladas por los órganos estatales encargados de investigar conductas presuntamente

criminales respeten las garantías previstas en las normas constitucionales y convenios internacionales. No basta con la mera tipificación del delito de lavado y su concepción como delito autónomo del hecho criminal previo, sino que es fundamental permitir a los operadores herramientas indispensables para descubrir las acciones delictivas. Debe tenerse en cuenta que el proceso penal esta proscripta " toda prueba ilícita en la prosecución de la verdad… que los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen el núcleo esencial del ordenamiento jurídico, por lo que cualquier prueba obtenida violentando uno de tales derechos o libertades está afectada por una inaceptable causa de injusticia, y por lo tanto no surtirán efecto" . (José Luis Conde Salgado, " Los medios de prueba en los procesos por delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales. Ideas Generales" , en www.cicad.oas.org; Lavado de activos, cursos de capacitación. Pág.2.). La Convención de Viena prescribe en el Art. 3.3 que " el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso" . Por otro lado el Reglamento Modelo de la CICAD, Art. 2.5 dice que " el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos de lavado de activos podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso" . Estos principios que son utilizados para valorar las pruebas en materia criminal y estos conceptos referidos a la valoración del elemento subjetivo del tipo deberían ser usados para ponderar el origen ilícito de los bienes en el delito de lavado y el conocimiento del origen por parte del autor. 7.2) La comprobación del objeto del delito de lavado de activos: La autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes lavados puede ser comprobado por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena por el delito básico de tráfico de drogas u otro delito grave, se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio. Como se ha descripto si se admite que el delito es autónomo, que es diferente al encubrimiento más allá de la similitud en los verbos típicos y la naturaleza jurídica, debe admitirse que la prueba indiciaria correctamente aplicada conforme el criterio de la sana crítica, permite corroborar el origen criminal de los fondos de esta forma. Debe considerarse que parte de la doctrina siguiendo como parámetro el delito de receptación sostiene que " es preciso saber con precisión cuál fue el hecho delictivo del cual provienen los bienes" y que es necesario, practicar en el juicio por receptación las pruebas que permiten la existencia de un delito previo que permitan su calificación jurídica. Esta postura no se contradice en principio con la que sostiene el uso de elementos indiciarios, sino que el tema en última instancia resulta de valoración en cada caso concreto. 7.3) Prueba indiciaria sustentada en testigos y expertos: En el supuesto concreto del objeto del delito en este caso comentado (el origen ilegal del dinero) se corroboró a partir de prueba indiciaria. Es interesante destacar que en la sentencia los jueces utilizaron como pauta valorativa las declaraciones de personal policial que declaró no sólo sobre lo que presenciaron o escucharon como todo testigo, sino como expertos en tanto explicaron la forma en que las conductas desplegadas por los imputados coinciden con las del delito de lavado. Como se logra apreciar, como en otro tipo de delitos en los cuales el Magistrado utiliza prueba indiciaria y sustenta su fallo en los dichos de peritos, las declaraciones de personas con experiencia en la temática ayuda a esclarecer los hechos en cuestión (...) Por otro lado, se estableció que la Contraloría General del Estado estableció varios Informes con Indicios de Responsabilidad Penal por el examen realizado a las gestiones efectuadas por el procesado Iván Espinel Molina durante el desempeño como Directivo del Área Médica y en la parte administrativa del IESS, encontrando irregularidades en los trámites contractuales realizados con algunas empresas privadas durante su gestión, por lo que se emitió varios informes que dieron origen a dos procesos penales, el uno por Peculado y el otro

por Enriquecimiento Ilícito, procesos que se encuentran en trámite...".

Ahora bien, de la cita que antecede, se desprende que los Juzgadores de segundo nivel entendieron correctamente el alcance del elemento normativo "activos de origen ilícito", pues, en su resolución efectuaron un ejercicio intelectivo destinado a justificar la procedencia de los activos supuestamente blanqueados, determinando que el origen de estos fondos es delictivo, y devendría de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

Dicho esto, cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿Está justificado adecuadamente el elemento normativo "activos de origen ilícito"?

Al solventar esta interrogante, corresponde ser enfáticos al indicar que el elemento normativo " activos de origen ilícito" **sí** fue acreditado por los miembros del Tribunal *adquem*, pues, se determinó que estos activos provendrían de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, y, para llegar a esta determinación, efectuaron un ejercicio de valoración de los elementos probatorios, coligiendo que, en razón de la autonomía de este delito, los delitos previos no requieren justificarse mediante una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada, es suficiente la prueba indiciaria para acreditar dicha calidad en los activos, por lo que, de esta prueba indiciaria, se desprendería el origen ilícito de los fondos.

En relación a este razonamiento, corresponde a los integrantes del infrascrito Tribunal pronunciar su aquiescencia con el mismo, pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional coinciden en el carácter autónomo del delito de lavado de activos; esta calidad ha sido recogida por nuestra legislación, de tal modo que, en el segundo inciso del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, se establece lo siguiente: *"...Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país..."*.

El carácter autónomo del delito de lavado de activos tiene especial influencia en el razonamiento probatorio del Juez que conoce este delito, pues, al ser independiente de otras conductas delictivas, no exige al Juzgador que, para la acreditación del elemento normativo " activos de origen ilícito" , cuente con una sentencia condenatoria previa, que haya pasado por autoridad de cosa juzgada; es decir, no existe un requisito de prejudicialidad para el conocimiento del delito de lavado de activos. El elemento normativo en mención puede justificarse con prueba indiciaria.

Al respecto, Pariona Pastrana indica lo siguiente:

> "...no es posible la formalización de una denuncia de lavado de activos si es que, al menos a nivel de indicios que den una certeza inicial, no se ha logrado determinar la existencia de un acto delictivo que hubiera generado las ganancias ilícitas. Este es un punto particularmente relevante. La necesidad de probanza del acto ilícito, a través de prueba indiciaria, implica que el objeto de prueba será un hecho que es considerado como un elemento del tipo penal y no es un elemento externo al tipo penal de lavado de activos. Por el contrario, este es un elemento normativo del delito de lavado de activos..."[39].

En idéntico sentido, Lamas Puccio sostiene que:

> " ...en las actividades relacionadas con el lavado de activos, el conocimiento de los hechos que se investigan en una gran mayoría de casos no son alcanzables a través de los medios de prueba que los constate a sí mismos, sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de estos, y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio, mediante normas de experiencia común o científica del magistrado..."[40].

Pero ¿Qué es un indicio?

Siguiendo a Lamas Puccio, nos permitimos compartir con su criterio cuando indica lo siguiente:

> "...hablamos de la existencia de hechos que se han suscitado, que no se encuentran comprobados y que aparecen cuando hay necesidad de averiguar o indagar sobre alguna cosa o acontecimiento ocurrido. Cuando parece que se ha ejecutado un determinado

[39] PARIONA PASTRANA, Josué; El Delito Precedente en el Delito de Lavado de Activos; Instituto Pacífico; Perú; 2007; p. 144.
[40] LAMAS PUCCIO, Luis; La prueba Indiciaria en el Delito de Lavado de Activos; Instituto Pacífico; Perú; 2017; p. 25.

delito y se trata de sindicar a alguien como responsable del mismo, surgen hechos materiales (rastros, huellas, vestigios, objetos, declaraciones, testimoniales), más o menos, permanentes y circundantes y no constantes, que son más o menos perceptibles por el común denominador, todos los cuales, por sí mismos en términos individuales o colectivos pueden demostrar que se han ejecutado y establecer quien o quienes son los autores. Estos elementos aún no dilucidados, aunque son circunstancias en estado de análisis primigenio, son indicadores de un hecho principal y son los que (...) la doctrina y la práctica llaman correctamente indicadores o indiciarios..." [41].

Del mismo modo, Devis Echandía señala que:

" ...el indicio puede ser cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se la da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica jurídica..." [42].

En definitiva, los indicios son ese conjunto de elementos que determinan la existencia de ciertos hechos accesorios, que permiten al Juzgador inferir, luego una operación lógico jurídica, la probabilidad respecto al acaecimiento de un hecho principal.

En la resolución impugnada, los Jueces de segunda instancia efectuaron este razonamiento lógico, pues, a partir de ciertos indicios, como son: la existencia de dos instrucciones fiscales en contra del procesado, o, los informes de Contraloría General del Estado, que determinan indicios de responsabilidad penal, llegaron a la conclusión de que los activos objeto de análisis poseen un origen ilícito.

- En razón de lo expuesto, queda claro que los Jueces de segundo nivel, entendiendo a cabalidad el alcance del elemento normativo en mención, determinaron la existencia cierta de los "activos de origen ilícito" ; la propia defensa técnica del recurrente inició su exposición planteando que *"...en esta sede, se dan por ciertos los hechos que la sentencia que la Sala de Apelación considera probados"*, que, *"...la errónea interpretación significa la correcta aplicación de una norma para un caso..."*. Por mandato legal, los infrascritos Juzgadores estamos en la imposibilidad de revisar el razonamiento probatorio que le permitió al Tribunal *adquem* llegar a esta conclusión; pues, como ya mencionamos en líneas anteriores, ésta constituye una facultad privativa de los Jueces de instancia, por ende, los hechos que devienen de este ejercicio probatorio, esto es, el origen ilícito de los activos, resultan ciertos e inalterables.
- El debate que pretendió iniciar la defensa técnica del recurrente no corresponde a la realidad procesal, insistimos, en la sentencia impugnada, los Jueces de segundo nivel expresaron los elementos probatorios que acreditan el origen ilícito de los activos blanqueados, por tanto, manifestar que se ha deformado el tipo penal, al invertir la carga de la prueba, carece de asidero, pues, este yerro no se verifica en la sentencia de segunda instancia, y más bien, resulta evidente la acreditación del origen ilícito de los activos materia del litigio.

En razón de las consideraciones expuestas, el infrascrito Tribunal ha llegado a la siguiente conclusión: el cargo casacional planteado por el señor José Iván Espinel Molina, es decir, la errónea interpretación del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en sus numerales 1, 2, 4 y 5, y sección primera del inciso final del mentado precepto normativo, deviene en improcedente.

Pues, del análisis de los argumentos esgrimidos por el objetante, se desprende que su defensora técnica, en lugar de circunscribir su reproche en la causal de errónea interpretación de la ley, más bien, se refirió a una indebida aplicación de la norma, pues, en realidad recriminó el ejercicio de subsunción desarrollado por el Tribunal *adquem*, al

[41] LAMAS PUCCIO, op.cit. pp. 103.
[42] DEVIS HECHANDÍA, Hernando; Teoría General de la Prueba Judicial; Tomo II; Colombia, Editorial Diké; 1993; pp. 134.

manifestar que los hechos no se adecuan al tipo penal, por cuanto, no se justificó el origen ilícito de los activos.

Si el casacionista consideraba que los hechos no se ajustaban a la descripción típica del delito de lavado de activos, lo que correspondía era que su tesis casacional sea adecuada a la causal de indebida aplicación de la ley.

La defensora técnica del impugnante, al finalizar su intervención, incluso solicitó que, al no justificarse el origen ilícito de los activos, debía aplicarse el artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, y se ratifique su estado de inocencia de su defendido, es decir, consideró que los hechos más bien se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 5.3 ibídem. Insistimos, si el recurrente pretendía justificar un error en la aplicación de la norma jurídica, la causal de casación que debía plantear era la indebida aplicación de la ley, más no, la errónea interpretación, que supone la correcta aplicación de la norma jurídica.

Por las razones expuestas, se concluye que el cargo casacional planteado por el señor José Iván
Espinel Molina resulta improcedente. Adicionalmente, cabe señalar que no existe mérito para declarar oficiosamente la indebida aplicación del tipo penal en la presente causa, pues, conforme explicamos *ut supra,* los elementos hechos fijados en la presente causa, se adecúan armónicamente a los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal.

7.5 Por otro lado, se destaca que, al finalizar su intervención, la defensa técnica del casacionista solicitó al infrascrito Tribunal que, en uso de la facultad oficiosa concedida en el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, aplique el principio de favorabilidad en beneficio de su representado, pues, según afirmó en su exposición, los hechos se habrían verificado desde el año 2010 ahasta 2016; por consiguiente, correspondía aplicar la ley vigente en el momento en que los hechos empezaron a ejecutarse, esto es, la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, que preveía una pena más benigna.

En relación a este planteamiento, los Jueces que integramos el suscrito Tribunal de casación hemos llegado a la siguiente conclusión: la ley aplicable al caso concreto es el Código Orgánico Integral Penal, pues, conforme se desprende de la sentencia de segunda instancia (pp. 495), se declaró como hecho cierto que, en el año 2016 se consumó el delito de lavado de activos, por consiguiente, correspondía aplicar el tipo penal descrito en el artículo 416 del Código Orgánico Integral Penal, vigente a la fecha de consumación del delito. A pesar de que este hecho resulta inalterable en sede de casación, se considera pertinente sustentar este aserto, al tenor de las siguientes reflexiones:

La categoría dogmática de la antijuridicidad abarca dos juicios de carácter negativo, estos juicios recaen tanto en la acción, como en el resultado de la conducta típica, y están encaminados a determinar los siguientes aspectos:

- La contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico (antijuricidad formal, que se determina mediante el juicio de desvalor de la acción); y
- La lesividad del resultado (antijuridicidad material, que se determina mediante el juicio de desvalor del resultado).

Cuando el Juzgador determina que existe antijuridicidad, tanto formal como material, y no existe una causa de justificación para la ejecución de la conducta típica, se configura el injusto penal, y el juez adquiere la potestad de estudiar la siguiente categoría dogmática, es decir, puede efectuar el juicio de reproche o de culpabilidad, juicio que ya no se desarrolla en relación a los hechos, sino a las condiciones psíquicas del autor del injusto.

Ahora bien, para la determinación de la normativa aplicable al caso concreto, cobra especial importancia el juicio de desvalor de resultado, a continuación explicamos la razón de este aserto.

Los delitos, según el daño que ocasionan en el mundo externo, pueden ser clasificados en delitos de resultado y delitos de peligro. Los delitos de resultado son aquellos que suponen la lesión material y cierta a un bien jurídico, por ejemplo, el delito de homicidio, cuyo resultado se verifica en el cadáver de la víctima (bien jurídico vida lesionado). Por su parte, el delito de peligro no posee un resultado material sobre el bien jurídico, más bien, describen aquellas conductas que el legislador ha considerado potencialmente riesgosas para determinado bien jurídico, por ejemplo, el delito de porte de armas, pues, a pesar de no concretarse

en un resultado materialmente lesivo a un bien jurídico, desde una perspectiva ex ante, podríamos considerar que constituye una conducta peligrosa para ciertos bienes jurídicos como la propiedad, la vida, la integridad física, etc.

Dicho esto, deviene en pertinente señalar que, los delitos de resultado o daño admiten una subdivisión, esto es, delitos de resultado propiamente dichos y delitos de mera actividad; los delitos de resultado son aquellos que suponen la existencia de un vínculo de causalidad entre la acción lesiva y el resultado final, por ejemplo, el delito de lesiones; en este tipo de delitos, la acción lesiva ejecutada por el actor da inicio a un curso de causalidad que se consuma en el resultado lesivo, representado en este caso por el sujeto pasivo lesionado. En cambio, los delitos de mera actividad se consuman con la simple y mera ejecución de la conducta típica, no existe vínculo de causalidad entre el acto y el resultado, pues, en el mismo acto de ejecución confluyen tanto la acción como el resultado.

Los delitos de resultado propiamente dicho, al suponer la existencia de un proceso causal, que se verifica de manera sucesiva y cronológica hasta su consumación, admiten la existencia de un proceso de ejecución, es decir, un *iter criminis,* incluso admiten la desviación del curso causal, pues, al existir un proceso de ejecución, éste se rige por normas ontológicas, como el principio de causalidad, lo cual implica que las leyes de la naturaleza puedan modificar el vínculo de causalidad entre la acción y el resultado, incluso produciéndose un resultado distinto al querido; por ejemplo, el sujeto activo desea lesionar, pero resulta que, por determinadas condiciones patológicas del sujeto pasivo, provocó su muerte.

En cambio, el delito de mera actividad, que supone la existencia de una suerte de confluencia entre la acción y resultado, no posee vínculo de causalidad alguno, pues, la sola ejecución del verbo típico, permite que se verifique la consumación del ilícito, por ende, no es factible en este tipo de delitos que exista la desviación de un curso causal.

Dicho esto, cabe indicar que el delito de lavado de activos es un delito de mera actividad, por ende, no supone una fase de ejecución, en virtud de la cual se haya desarrollado una serie de actos preparatorios, o de principio de ejecución, que puedan ser reprochados bajo la figura delictiva en cuestión, la sola ejecución de los verbos rectores implica la consumación del delito, y no supone la puesta en marcha de un proceso causal, que pueda desviarse o interrumpirse. Insistimos, de conformidad con la sentencia objetada, el delito de lavado de activos, en la causa *in examine,* se consumó en el año 2016, en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Pensemos los siguientes verbos rectores: "tener, poseer, transferir, adquirir, administrar", ahora pensemos en el elemento normativo " activos de origen ilícito"; la confluencia de estos elementos del tipo penal permite la efectiva consumación del delito, pues, el resultado lesivo, que supone la lesión al orden socio económico ecuatoriano, se afectó el instante mismo de la ejecución del verbo típico.

Por ende, los actos previos, que pudieron incluso suponer la incursión en otras conductas delictivas, como el testaferrismo, el peculado, el enriquecimiento ilícito, la asociación ilícita, etc, son indiferentes para la consumación de la conducta de lavado de activos, delito autónomo, que nace únicamente en el momento de realización de los verbos rectores.

La autonomía del delito de lavado de activos posee jerarquía legal, pues, se encuentra consagrada en el segundo inciso del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, que establece *" ...Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país..."* . Es decir, indiferentemente del proceso previo al delito de lavado de activos, éste ilícito, dada su calidad de autónomo, se verifica con la sola realización de los verbos rectores, por tal razón, la norma jurídica antes mencionada complementa que " ...sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas...".

Es decir, los actos previos al blanqueo de activos, que pueden ser constitutivos de otros ilícitos, no pueden imputarse al delito de lavado de activos, por ende, alegar que, por la fecha en que se cometieron estos actos, corresponde aplicar en el juzgamiento del lavado de activos, la legislación vigente a esa época, transgrede el carácter autónomo del lavado de activos, que impone al juzgador el deber de aplicar la legislación vigente al momento en que se consuma este delito, lo cual fue respetado por el Tribunal *adquem.*

Si las conductas previas perpetradas por el señor Iván Espinel Molina son constitutivas de delito, deben juzgarse de acuerdo a la ley vigente a esa fecha, sin embargo, el lavado de activos ha de ser juzgado de acuerdo con la ley vigente a la fecha de su consumación, que, conforme señala la sentencia de segundo nivel (pp. 495), se efectuó en el año 2016, con vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Para entender el sentido de esta regla legal, consideramos pertinente establecer que el delito de lavado de activos, para su consumación, transita por tres momentos:

- **La colocación: que supone la mera ubicación de los activos de origen ilícito en el mercado formal, como cuando se deposita en una cuenta bancaria de un familiar el dinero de origen delictivo.**
- El ensombrecimiento.- que constituye la fase a través de la cual, se pretende dar la apariencia de legítimos, a los activos ilegítimamente obtenidos. Por ejemplo, cuando se realizan inversiones en bienes inmuebles o compañías.
- La integración: en esta fase, los activos ilícitos son confundidos con otros activos legítimos, y se mezclan en el mercado formal, para que puedan ser aprovechados.

Solo en la última fase se consuma el delito de lavado de activos; en las dos primeras fases, donde se pueden cometer otro tipo de ilícitos, aún no se puede considerar que los activos hayan sido blanqueados, por tal razón, los ilícitos cometidos, previo a la consumación del delito en cuestión, deben ser juzgados autónomamente.

En conclusión, no cabe la favorabilidad en la causa *in examine,* puesto que el delito de lavado de activos, conforme obra de autos, se consumó en el año 2016, con vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

OCTAVO:
DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la persona procesada, señor José Iván Espinel Molina, en razón de que el cargo casacional de la errónea interpretación del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en sus numerales 1, 2, 4 y 5, y sección primera del inciso final del mentado precepto normativo, carece de sustento. Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

f) Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Luis Adrian Rojas Calle JUEZ NACIONAL (E) Dr. Luis Antonio Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *07710-2018-01058*
Resolución Nro. *1521-2020*
Fecha**:** *viernes 20 agosto del 2021, las 15h13*

TEMA: Complicidad del conviviente en delitos de tenencia y posesión ilícita de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de Cristina Monserrate Zambrano Marín, en calidad de cómplice, por el delito flagrante de tenencia y posesión ilícita de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, contemplado en el artículo 220 numeral 1, literal b), del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que en el domicilio en donde residía con su pareja, Edinson Alexander Delgado Rocafuerte, se encontró marihuana y base de cocaína. A su conviviente también se le inició un proceso penal, en el que decidió acogerse al procedimiento abreviado.

En el presente caso, se discute la adecuación de la conducta de la procesada a los elementos relacionados con la figura de complicidad, como grado de participación, conforme lo determina el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Machala determina que se encuentran probados los elementos del tipo penal subjetivo, pues existió voluntad consiente de la procesada al permitir la tenencia de las sustancias materia del proceso, ya que se encontraban en una caja de zapatos, de manera visible en el dormitorio que compartía con su pareja. Asimismo, manifiesta que se comprobó la antijuridicidad y culpabilidad de la procesada, por lo que el accionar de la misma se adecua a los elementos que configuran la complicidad.

En virtud de ello, la jueza dicta sentencia condenatoria en contra de la procesada, en calidad de cómplice, por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, imponiéndole la pena de privación de libertad de dos años y el pago de una multa.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en razón del recurso de apelación presentado por la procesada, determina que, de conformidad con lo establecido mediante precedente jurisprudencial obligatorio No. 02-2019 emitido por el Pleno del Corte Nacional de Justicia, el cual modifica el criterio señalado en el anterior precedente jurisprudencial No. 12-2015, a través del cual se aplicaba el principio de acumulación de infracciones y, en virtud del principio de favorabilidad, se debe imponer la pena más severa o grave, cuando las dos sustancias están en escalas diferentes. Por lo tanto, el tribunal resuelve aceptar parcialmente el recurso de apelación y reforma la pena privativa de libertad impuesta, a un año.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07710-2018-01058

Juez Ponente: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, viernes 20 de agosto del 2021, las 15h13.

VISTOS.- El presente proceso penal, llega a conocimiento de este Tribunal, en virtud del recurso de casación interpuesto por la procesada **Cristina Monserrate Zambrano Marín**, una vez que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, ha resuelto por unanimidad aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la justiciable, y reformar la sentencia subida en grado en cuanto a la pena, imponiéndole a la procesada un año de privación de la libertad, multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general conforme el artículo 70 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en lo principal. El Tribunal de la hoy Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa, y admitió a trámite el recurso propuesto por la acusada, mediante auto de jueves 06 de agosto de 2020, las 14h24, habiéndose convocado, más adelante, a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso admitido; e, instalada la referida diligencia judicial el día lunes 26 de abril de 2021, escuchados los sujetos procesales, el órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 656, 657 y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal, procedió a resolver el recurso, correspondiendo expedir la sentencia respectiva, debidamente motivada, en cumplimiento a la obligación constitucional y legal de la motivación de las resoluciones, establecida en los artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como las reglas del Código Orgánico Integral Penal, aplicables al caso *in examine*.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El Consejo de la Judicatura, acatando lo estatuido en el artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en línea con lo que prevé el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las resoluciones Nos. 341-2014, 209-2017 y 08-2021, renovó parcialmente a las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, designando a las y los juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes, señalando además que en la última resolución referida, se designó a conjueces que se integran a la Institución.

Una vez precluidos los procesos de designación de las y los magistrados, proclamados los resultados respectivos de los concursos de méritos y oposición a través de las resoluciones referidas en el párrafo inmediato anterior, los días 26 de enero de 2015, 26 de enero de 2018 y 03 de febrero de 2021, el Consejo de la Judicatura posesionó a las juezas y jueces que en su momento se integraron a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y en la última fecha referida, además a la conjueza y conjuez designados.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, al amparo de la cita contenida en el artículo 182 primer inciso de la Constitución de la República, mediante resoluciones Nos. 01-2015 de 28 de enero de 2015, 01-2018 de 26 de enero de 2018, y 02-2021 de 05 de febrero de 2021, conformó sus seis salas especializadas, según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183[1].

El Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante

[1] **Integración.-** La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas:
1. De lo Contencioso Administrativo;
2. De lo Contencioso Tributario;

Resolución N° 037-2018 de 15 de marzo de 2018, designó nuevos Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, en acatamiento a lo establecido en el artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Mediante sorteo de ley, efectuado el día sábado 04 de enero de 2020, las 15h45, acorde a lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a esta causa Nº 07710-2018-01058 quedó integrado primigeniamente por los doctores Wilman Terán Carrillo, y David Jacho Chicaiza, Jueces Nacionales encargados, e Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

De conformidad con los artículos 183 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 literal a) de la Resolución N° 04-2021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo de ley respectivo desarrollado el día 12 de febrero de 2021, a las 16h00, el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional designado por el Consejo de la Judicatura con fecha 03 de febrero de 2021, para que asuma su despacho en la Sala Penal, con los mismos deberes y atribuciones que el titular[2].

En virtud de la renovación parcial de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, mediante sorteo de ley llevado a efecto el día 17 de marzo de 2021, en atención al artículo 1 literal b) de la Resolución N° 04-2021 referida ut supra, el Tribunal de Casación, que continuará en la sustanciación de la presente causa, queda conformado por los abogados Byron Guillen Zambrano, y Walter Macías Fernández, Jueces Nacionales; y, el doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional ponente, cuyo despacho es asumido por el doctor Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E), conforme lo señalado en el párrafo que antecede, actuando además, la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, por licencia concedida al Juez Nacional abogado Byron Guillen Zambrano; en tal virtud, los actuantes avocan conocimiento de la causa.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación y revisión, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

2. NORMATIVA APLICABLE AL CASO SUB EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1. Tomando como referentes los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley penal[3], considerando que el caso *in examine* inició en

3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado;
4. De lo Civil y Mercantil;
5. De lo Laboral; y,
6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres.

El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, integrará al menos una Sala. A pedido suyo, durante el tiempo que desempeñe la Presidencia, podrá actuar en su lugar la Conjueza o el Conjuez que se designe por sorteo.

Una Jueza o un Juez Nacional podrá integrar más de una Sala por necesidad del servicio de justicia, lo cual será resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respetando el principio de especialidad.

Cada Sala especializada nombrará a su Presidente o Presidenta para el período de un año, quien no podrá ser reelecto inmediatamente.

[2] Oficio N° 117-SG-CNJ, de 12 de febrero de 2021.

[3] Código Orgánico Integral Penal: "Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…)".

vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el presente recurso es tramitado conforme las garantías normativas del referido cuerpo legal.

2.2. El recurso de casación ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; y, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo*, y que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

3.1. La señora Cristina Monserrate Zambrano Marín y el señor Edinson Alexander Delgado Rocafuerte, fueron sometidos al poder punitivo del Estado, a través de la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos efectuada el 05 de octubre de 2018, las 17h15, en contra de los mencionados ciudadanos, en calidad de presuntos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1 literal b) del Código Orgánico Integral Penal.

3.2. Luego del trámite respectivo, por cuanto el procesado Edinson Alexander Delgado Rocafuerte, se ha sometido al procedimiento abreviado, la jueza a-quo, doctora Gina Marizol Campoverde Requelme, emite su sentencia con fecha 08 de noviembre de 2018, las 09h52, la misma que declaró la culpabilidad del encartado antes mencionado, al siguiente tenor:

> "*(…)* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, DICTO SENTENCIA CONDENATORIA Y DECLARO LA CULPABILIDAD DE DELGADO ROCAFUERTE EDINSON ALEXANDER****, por haber adecuado su conducta al tipo penal de TENENCIA Y POSESION ILÍCITA DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN tipificado y sancionado en el Art. 220 Numeral 1) Literal B) del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto la sustancia aprehendida se trata de MARIHUANA con un peso neto de 67 gr. y BASE DE COCAINA con un peso neto de 13 y 3 gr., en calidad de AUTOR DIRECTO (…)* ***SE LE IMPONE : 1.- LA PENA ACUMULADA SUGERIDA POR EL SEÑOR FISCAL DE VEINTE Y CUATRO MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD****, (…)* ***2.-*** *de conformidad con lo dispuesto en el Art. 70 numeral 5 del código ibídem, se le impone la sanción pecuniaria de USD. 1.158,00 de MULTA, equivalente a TRES Salarios Básicos Unificados del trabajador en general, (…)*".

3.3. Frente al recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Edinson Alexander Delgado Rocafuerte, y al haber presentado posteriormente el desistimiento del mismo, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante auto resolutorio de fecha 20 de diciembre de 2018, las 13h47, ha aceptado el desistimiento del recurso de apelación de la sentencia condenatoria referida en el punto anterior.

3.4. Continuando con la sustanciación de la causa, respecto a la procesada Cristina Monserrate Zambrano Marín, conforme consta en el proceso, en la audiencia de juicio directo se formuló por parte del fiscal de la causa, abogado Orlando Palomeque, la teoría del caso respectiva, en los siguientes términos (**hechos**):

> "*(…) el 4 de octubre del 2018, por disposición del ECU 911 se dio aviso y que al llegar los agentes de policía, y por las Cámaras del sector se logró identificar al ciudadano Edinson Delgado que había en Lilian Maria y avanzar salía del domicilio donde habita y es interceptado y al revisar al interior del domicilio, encontrando a la ciudadana Cristina Zambrano quien indicó ser* cónyuge se procede a verificar en un ambiente que está destinado como dormitorio, se encuentra una caja de zapatos cuyo interior contenía 4 fundas Plásticas al ser sometida a la prueba química dio positivo para marihuana con un peso neto de 67 gramos, en dichas *cajas se encontró 2 fundas trasparentes se encontró 18 sobre de papel de una sustancia blanquecina dio positivo para pasta base de cocaína con un peso de 13 gramos, fiscalía ha presentado un escrito de prueba va demostrar la responsabilidad que el delito sobre el cual se está acusando sería por el cual art. 220 numeral 1 literal b del coip., en calidad de autor en forma directa. (…)*" (Sic).

3.5. Al concluir el trámite respectivo, la Jueza de la Unidad Judicial de Flagrancias del cantó Machala, provincia de El Oro, doctora Gina Marizol Campoverde Requelme, emite su sentencia con fecha 31 de enero del 2019, las 20h58, mediante la cual declaró la culpabilidad de la ciudadana

Cristina Monserrate Zambrano Marín, señalando:

"*Por las razones expuestas y habiéndose desvanecido la presunción de inocencia, estableciéndose la existencia material de la infracción y comprobado con certeza la responsabilidad por parte de la procesada, conforme las disposiciones de los Artículos 640, 621, 622 del Código Orgánico Integral Penal, la suscrita Jueza,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA SE DECLARA LA CULPABILIDAD DE LA PROCESADA ZAMBRANO MARIN CRISTINA MOSERRATE****, (…) y dicto sentencia condenatoria como COMPLICE del Delito de Tráfico Ilícito De Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización tipificado y sancionado en el Art. 220 numeral 1, literal b) del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto la sustancia aprehendida fue marihuana y base de cocaína y se le impone:* ***1.- LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE DOS AÑOS****, (…);* ***2.- la multa establecida en el numeral 5 del artículo 70 ibídem, esto es de TRES salarios básicos unificados del trabajador en general ($ 1,158.oo dólares americanos)****, (…)*".

3.6. Frente al recurso de apelación interpuesto por la procesada Cristina Monserrate Zambrano Marín, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante sentencia de viernes 20 de septiembre de 2019, las 16h21, resolvió en los siguientes términos:

"*(…),* ***'ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA****', en observancia a los principios constitucionales de Legalidad adjetiva y Seguridad Jurídica, previstos en los Art. 76.3 y Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que conlleva la observancia del Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva, observando el principio de verdad procesal previsto en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, bajo el análisis ut supra, por decisión unánime*

RESUELVE:

ACEPTAR PARCIALMENTE *el Recurso de Apelación interpuesto por la procesada CRISTINA MONSERRATE ZAMBRANO MARIN, y por lo tanto* ***REFORMA*** *en cuanto a la pena y por congruencia se le impone la pena privativa de libertad de UN AÑO (…) la multa establecida de acuerdo al Art. 70 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en 4 salarios básicos unificados de trabajador en general y la reparación integral la procesada debe elaborar 300 stickers con la leyenda alusiva no al tráfico de drogas, también se le impone a la ciudadana el tratamiento psicológico que deberá recibir (…), por el tiempo de 6 meses, debido a la pena que este Tribunal le ha impuesto. (…)*".

3.7. De la sentencia referida en el numeral que antecede y, dentro del término de ley, la encartada Cristina Monserrate Zambrano Marín, interpone recurso extraordinario de casación, y el Tribunal de Casación designado, mediante auto de jueves 06 de agosto de 2020, las 14h24, admitió a trámite el recurso de casación planteado por el referido procesado, en los siguientes términos:

"*Sobre la base de los argumentos expuestos por este Tribunal, se ADMITE parcialmente a trámite el recurso de casación interpuesto por CRISTINA MONSERRATE ZAMBRANO MARÍN, únicamente con respecto a su cargo de indebida aplicación de los artículos 41 y 43 del Código Orgánico Integral Penal. (…)*".

3.8. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas de los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

4. ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO.

4.1. Fundamentación de la procesada recurrente. El abogado José Alfredo Chiriboga González, defensor técnico de la acusada recurrente Cristina Monserrate Zambrano Marín, fundamenta su recurso de casación, al siguiente tenor:

"*Nuestro recurso de casación, versa sobre la aplicación indebida de los grados de participación que exigen el art. 41 y 43 en relación al tipo penal establecido como conducta delictual en el artículo 220 del* Código Orgánico Integral Penal; *para referirnos aquello, debemos*

tener en cuenta que estamos frente a la recurrente Cristina Monserrate Zambrano Marín; es una mujer, una ama de casa. A efectos de fundamentar, estableceré los hechos probados, sin entrar a que este honorable cuerpo colegiado valore prueba o revise hechos, sino como antecedente. De los hechos probados en instancia, tenemos las siguientes premisas: premisa A, que Alexander Delgado Rocafuerte es autor del delito de tráfico de drogas, ese hecho probado es indiscutible e incuestionable, pues se acogió al procedimiento abreviado; está probado de igual manera, que el lugar donde se encontró las sustancias sujetas a fiscalización sobre los hechos del caso fue en el domicilio de Alexander Delgado Rocafuerte y de Cristina Monserrate Zambrano Marín, ubicados en la ciudadela Lilian María, en las calles Babahoyo y Guayacanes de la ciudad de Machala; como hecho probado está que Cristina Monserrate Zambrano Marín, se encontraba en ese lugar; la recurrente, es conviviente del señor Alexander Delgado Rocafuerte y por lo tanto esa fue la razón por la que se encontraba en ese lugar. Estos fueron los hechos probados en instancias, que son incuestionables e irrefutables; ahora bien, de estos hechos como premisas, no se adecuan o entrelazan con la premisa mayor, esto es estableciendo en primer orden el tipo penal, el 220 del COIP, en relación a los grados de participación establecidos en el art. 41 y 43 de la norma ibídem; no existe que la recurrente como presupuesto haya adquirido la droga, haya facilitado medios para su distribución, entonces mal se pudo aplicar el art. 41 y 43 del COIP, en lo que uno de sus requisitos para su aplicación es que haya participado el agente de forma dolosa en actos secundarios como facilitar o cooperar anteriormente o de forma secundaria para la ejecución de la conducta; entonces, sin analizar los hechos, más por el contrario, de las premisas establecidas en instancias, se puede corroborar que estas premisas no se entrelazaron en el tipo penal del 220 del COIP, ni en el art. 41 y 42 de la misma norma, porque estos actos no son ajenos a la realidad ecuatoriana; cita cómo jurisprudencia comparada ha establecido estos hechos concretos y por qué estos hechos, como la convivencia, la existencia de la mujer en el núcleo de una familia en el cual se han establecido tipos penales, no entrelazan o no se subsumen al hecho de un grado de participación; el Tribunal Supremo Español, en sentencia No. 93-2015, 17/02/2015, ha establecido en forma clara, ha sostenido y asegurado lo siguiente: que la convivencia con el vendedor de sustancias estupefacientes sin prueba adicional resulta insuficiente para condenar por el delito de tráfico de drogas, en tal sentido el referido Tribunal sostuvo que el simple conocimiento o tolerancia de la conducta, esto es el hecho probado en instancia, no era suficiente para afirmar participación o coautoría, caso análogo. Así mismo, el Tribunal Supremo adjunto, adujo que la prueba que no aparece como inequívocamente reveladora de la participación activa de los hechos, no alcanza si la persona no aporta una colaboración o si se implicó de manera activa en los hechos delictivos. En sentido estricto, el Código Orgánico Integral Penal ha establecido en su art. 43 lo siguiente: responderán como cómplice las personas que, en forma dolosa, hago énfasis en aquello, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de la infracción penal, de tal forma que aun sin estos actos la infracción se hubiera cometido. El tipo penal, para lo cual nos lleva a esta Sala casacional, en el cual se le imputó al ahora recurrente, es el establecido en el art. 220 del COIP, que dice entre sus verbos rectores; oferte, almacene, intermedie, distribuye, compre, venda, envié, trasporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectué tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. De los hechos probados, no existe un acto secundario que acredite los verbos rectores, no solo por el hecho de ser esposa, la conviviente del que fue sentenciado como autor, es óbice *para que esa premisa, esto es ser cónyuge se subsuma al hecho del tipo penal establecido, anteriormente indicado, esto es incluso en calidad de cómplice. Si tomamos esa lógica o esa premisa, qué vendría después, tal vez abuelos que viven con nietos que tengan armas, droga, también pueden ser procesados por ese tipo penal con esa única variable. Alberto Donna dice, que la ley exige que el cómplice preste ayuda, facilite al hecho principal, que en caso no existe una premisa que creía hecha, en este caso no existe esa premisa, por lo tanto no se subsume la premisa, el hecho de la convivencia, respecto de lo que establece el art. 41 y 43 del Código*

Orgánico Integral Penal, y por lo tanto no ha lugar a la existencia del tipo penal del art. 220 del Código Orgánico Integral Penal, y por lo tanto estas autoridades como cuerpo colegiado, deberán casar esta sentencia y en su lugar emitir la que corresponda, la ratificatoria de inocencia. Finalmente se debe aplicar una perspectiva de género, como así lo ha establecido la doctrina, tal vez se ha desarrollado a lo largo de un trabajo que voy a citar, la situación de las mujeres imputadas en delitos de drogas cometidos por sus parejas, se encuentren colmadas de estereotipos que lo ubiquen en un terreno legal más que preocupante, además de las severas consecuencias legales que la situación acarrea, las circunstancias apuntadas violan cuando menos el principio de culpabilidad constitucionalmente protegido; un estudio amplio sobre la jurisprudencia, mujeres y las circunstancias y los delitos de drogas, exhibo el trabajo del cual parte nuestros alegatos y argumentos se han basado en el mismo, es un trabajo amplio sobre la perspectiva de género en cuanto a los delitos establecidos en calidad de cómplices, en contra de mujeres por el solo hecho de ser las convivientes. Solicitamos se case la sentencia por indebida aplicación de los arts. 41 y 42 del Código Orgánico Integral Penal, porque no existe ningún grado de participación en los hechos que se le imputan".

4.2. Contradictorio por parte de Fiscalía General del Estado.

La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado, en uso del derecho de contradicción, manifiesta:

"Es necesario señalar, como siempre se lo ha dicho, como ya se lo ha mantenido en innumerables ocasiones, que el recurso de casación es un recurso formal, técnico y taxativo; existe la resolución 10-2015 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial que establece cuales son los parámetros de forma en la que debe interponerse un recurso casacional; sobre ello debo señalar lo siguiente: primero, no ha existido determinación o identificación de la sentencia sobre la cual los cargos se están impugnando, no sabemos, siempre nos habló de las sentencias de instancia, de diferentes sentencias, nunca señaló la sentencia motivo de la impugnación. Segundo, tenemos un señalamiento incompleto de la causal contenida, porque nos habló de una indebida aplicación o pretendió hacerlo, de los arts. 41 y 43 del Código Orgánico Integral Penal, pero jamás nos indicó cuál es la norma debida. Tercero, en la parte formal, jamás hizo alusión al principio de trascendencia, es decir a señalar en qué parte de la sentencia el Juzgador, siendo reiterativa en esa palabra, el Juzgador, el Órgano de Jurisdicción, Penal, cometió el error de derecho; eso es lo que debió haberse señalado, sin embargo aquí no hemos escuchado nada de ello, es una pretensión clara de desacuerdo con la sentencia que se ha emitido; el abogado fue muy claro al enseñarnos el documento al cual dio lectura, porque realmente no hubo una argumentación coherente sobre la indebida aplicación de los arts. 41 y 43. El art. 41 del Código Orgánico Integral Penal, que habla de la participación, nos dice que las personas participan como autores o cómplices, y que las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes; qué escuchamos en relación a eso, cuál fue la violación a la ley, por qué el Juzgador inaplicó esta norma, en qué sentido la inaplicó, acaso él creó una figura que no existía, tal vez en este caso no hay ni cómplices ni autores, siempre nos habló de premisas y nunca nos indicó cuál es la premisa mayor a la que él se refiere, hizo solamente una lectura de ese documento que él tiene, muy interesante por cierto, muy importante sin duda alguna, pero que no refleja cuál es el argumento que debió haber sostenido en este caso; por esa razón es que, como no se realizó una argumentación sobre una sentencia que él haya identificado, no sabemos exactamente a qué es lo que se refiere el abogado, y luego también nos habló de una indebida aplicación del art. 43 que habla de la complicidad y señala que las personas que en forma dolosa facilitan o cooperan con actos secundarios anteriores o simultáneos a la ejecución de la infracción, de tal forma que aun sin esos actos la infracción se hubiera cometido, son calificados como cómplices; pero luego tenemos, tres párrafos más en el art. 43, no nos ha señalado si se ha violado la ley en relación a todo el art. 43, a la parte primera del art. 43, la segunda, la tercera o la cuarta, ni siquiera eso nos señala; en este caso la Fiscalía encuentra que no existió ningún tipo de fundamentación, el abogado solo dio

lectura a un documento que no tiene relación con los hechos de la sentencia, porque además no sabemos a qué sentencia se refirió nunca, pero que las sentencias en general han avocado conocimiento. Debo señalar, que tanto el Tribual cuanto la Sala Penal de El Oro han emitido sentencias de doble conforme de condena y la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro, incluso aceptó la apelación parcialmente de la recurrente en cuanto a la pena y, bajó la pena a un año, y me imagino que a estas alturas debe estar cumplido y la soñera debe estar en libertad. Luego no encuentro ninguna argumentación; qué es lo que habló, de los hechos probados, estos no son argumento casacional para nada, no tienen que ver con el recurso de casación; segundo, nos dijo que esos hechos no se adecuan a la premisa mayor, qué premisa mayor; nos habló alguna vez de una premisa mayor, no sabemos cuál es la premisa mayor a la que el abogado se refiere, tanto más que no hubo señalamiento de la sentencia impugnada. Luego, nos dijo que de los actos no se demostró que la señora haya participado en estos actos; la revisión de los hechos, de las pruebas, no son parte del recurso casacional, hay que revisar el inciso segundo del art. 656 que habla del recurso casacional, en donde taxativamente se indica que no podrá volverse a revisar ni hechos, ni testimonios, ni valorar prueba, por lo tanto, es erróneo este argumento; y, luego, nos dijo que las premisas no se entrelazan con los actos; vuelvo a reiterar, nunca nos dijo qué premisas, no sabemos de qué actos, no sabemos absolutamente nada, por lo cual Fiscalía considera que no existiendo en este caso argumento alguno que pueda justificar la causal de indebida aplicación de los arts. 41 y 43 del COIP, debería desecharse el recurso casacional y ratificarse esta sentencia de una año de privación de libertad como cómplice del delito, en general se habla de tráfico de drogas, contenido en el art. 220.1 literal b) del COIP del cual tampoco el abogado hizo relación alguna; nos habló solo del art. 220 pero no nos explicó nada más al respecto; siendo tan general esta argumentación, realmente no puede dar paso a un recurso casacional, por lo que vuelvo a reiterar mi pedido de que se deseche este recurso".

4.3. Réplica del procesado recurrente.

El abogado José Alfredo Chiriboga González, defensor técnico de la acusada recurrente Cristina Monserrate Zambrano Marín, en uso de su derecho a réplica, expresa:

"*En razón que la casación se encuentra debidamente sustanciada y de forma escrita y fue debidamente admitida, mal se podría en esta instancia establecerse hechos que hayan precluído en relación a la misma. Para aclarar, la casación ha sido interpuesta en contra de la sentencia emitida por los Jueces provinciales de fecha 20 de septiembre del 2019, por los Jueces Jorge Salinas Pacheco, Dra. Silvia Zambrano Noles y Dr. Manuel Mejía Granda en calidad de Juez Ponente. Hemos establecido con claridad meridiana, cuáles son la premisa menor que son los hechos f*ácticos del caso; *por qué hemos dicho que estos hechos f*ácticos *del caso no se subsumen a una premisa mayor que sería la establecida en el art. 43 del COIP, en relación al art. 220 del COIP, por el hecho que la premisa menor habla y da cuenta de que Cristina Zambrano Marín, se la detuvo, se la procesó y se la sentenció por ser cónyuge de la persona que quedó en calidad de autor de dicho tipo penal, ese es el único hecho fatico probado y que es incuestionable, ese hecho fáctico no se subsume en el art. 41 y 43, por lo tanto fue indebidamente aplicado los grados de participación establecidos en esos referidos artículos, específicamente en el inciso primero y que se dejó de inaplicar los artículos referentes al art. 5 numeral 3 y 4 del COIP que dice: duda a favor del reo. En relación a ese entrelazamiento, solicitamos una vez más que se case la sentencia venida en grado, inclusive de oficio este honorable cuerpo colegiado lo puede revisar, de la existencia del expediente a su cargo*".

5. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL.

5.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, entre otros, 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, garantizar los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica, 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, 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 debidamente motivadas.

5.2. Dentro de nuestra Constitución, encontramos materializada la institución del debido proceso, la misma que es de obligatorio cumplimiento para los administradores de justicia, sobre la cual el tratadista Jorge Zavala Baquerizo ha emitido el siguiente concepto:

> "*(…) entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho*" [4].

El debido proceso dentro de nuestro marco constitucional de derechos y justicia, juega un papel preponderante al momento de juzgar a una persona, ya que el operador de justicia está en la obligación de respetar los principios, derechos y garantías básicas que lo configuran; así también, es deber primordial del Estado, dictar una sentencia justa, en base al ejercicio de los derechos por parte de los sujetos procesales, ante un tribunal independiente, imparcial y competente.

5.3. La Constitución de la República del Ecuador, en su ámbito material, garantiza el derecho al debido proceso, y en general lo configura en su artículo 76, integrándolo en un global de veinte garantías, que incluye, entre otras, las siguientes:

> "***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:*
> *1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (…)*
> *3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)*
> *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)*
> *m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…)*".

5.4. Las normas referidas anteriormente, a su vez guardan relación con la garantía constitucional de la seguridad jurídica, establecida en el artículo 82 de la Constitución de Montecristi, que prevé:

> "***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*".

5.5. Por otra parte, sobre el deber de los juzgadores, el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 9, 23, 28, 29 y 129, entre otros, desarrolla el papel que cumple el juez dentro de un proceso judicial, determinando que es la autoridad que en estricto apego a su imparcialidad, tiene la obligación de hacer respetar y cumplir los principios y derechos consagrados en la Constitución de la República, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, y la ley, a fin de tener como resultado la búsqueda de la justicia en base al cumplimiento de sus facultades y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico vigente.

En línea con los principios anotados, como colofón hemos de conceptualizar al debido proceso, como un derecho que emerge de la Constitución, desarrollado a través de principios integrados por garantías básicas, concretadas en reglas, instituido como un conjunto de formalidades procedimentales que han de ser respetadas por toda autoridad pública con el solo Norte de resguardar los derechos fundamentales de las personas en todo procedimiento en el que se determinen derechos y

[4] Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, Edino, Quito – Ecuador, 2002, p. 25.

obligaciones.

6. LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR:

6.1. Conforme se señaló en las consideraciones que anteceden, la Constitución de la República del Ecuador establece en los artículos 76.3 y 82, los principios de legalidad e irretroactividad de la ley, que son expresión de los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, dentro de lo cual la primera disposición referida, en su parte final, como norma suprema relativa al debido proceso, prevé el principio de legalidad adjetiva al señalar:

> "*(…)* Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

En este contexto, encontramos que dentro de los derechos que materializa nuestra Constitución, se encuentra el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso, y a la defensa; así, el artículo 76 numeral 7 literal m) del cuerpo constitucional establece:

> "***Art. 76.-*** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…)*
> *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)*
> *m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…)*".

Por su parte las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, son de obligatorio cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, encontrando que el derecho de impugnación tiene su referente en varios instrumentos internacionales de derechos humanos; entre ellos se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que reconoce el derecho de recurrir un fallo ante un Tribunal Superior, al señalar:

> "***Artículo 8. Garantías Judiciales*** *(…)*
> *2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…)*
> *h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (…)*".

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera a este derecho a recurrir como una garantía fundamental que posee toda persona inculpada de un delito, determinando en ese sentido:

> "***Artículo 14*** *(…)*
> *5. 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 (…)*".

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha señalado:

> "*(...) La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (...)*"[5].

6.2. Dentro de la normativa aplicable en materia penal, encontramos que solo los sujetos procesales tienen derecho a un debido proceso, y en consecuencia, derecho de impugnación; así, el Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con la norma constitucional que prevé el derecho a recurrir, en su artículo 5 numeral 6 hace referencia a esta garantía, en los siguientes términos:

> "*6.* ***Impugnación procesal:*** *toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo*

[5] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, caso N° 2230-11-EP.

establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código".

Respecto al derecho de impugnación en materia penal, la regla procesal prevista en el artículo 652 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, establece el principio de legalidad en materia de recursos, señalando que:

"*(…) las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código*".

6.3. En este contexto, el referido cuerpo legal ha determinado en sus artículos 653 a 661, cuáles son los recursos aplicables en los procesos penales, dentro de los cuales se encuentra la garantía normativa de la casación, constante en el artículo 656 ejusdem que prevé:

"***Procedencia.-*** *El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.*

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba".

Analizadas en conjunto las normas que regulan el procedimiento, se determina p*rima facie* que el recurso de casación procede respecto a las sentencias dictadas por el tribunal ad-quem, mismas que han dado cumplimiento a la institución de la doble instancia requerida por el derecho convencional, y que no tienen otro medio impugnatorio a su disposición, siendo por tanto obligatorio para quien recurre, encaminar su cuestionamiento exclusivamente en contra de dicho fallo.

Así también, de la normativa antes referida se colige que uno de los principios que rige el recurso de casación, es el de taxatividad, por lo tanto "*La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas*"[6]; concretamente, la taxatividad establecida en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, limita el ámbito de acción del recurso extraordinario de casación, siendo la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación de la misma, o su errónea interpretación, las únicas formas en que se puede violar la ley, válidas para este medio impugnatorio, presentándose, la contravención expresa del texto de la ley, cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; la indebida aplicación, cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal[7].

6.4. La Corte Nacional de Justicia, a través de su Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en su momento, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, definiendo los parámetros a los que se deben someter los impugnantes en la fundamentación de su remedio procesal dentro de los cuales se encuentran las obligaciones de precisar la sentencia de la cual se recurre, establecer la norma jurídica puntual cuya violación se acusa en el referido fallo, determinar el error in iure (taxatividad) o causal específica de las previstas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal que estima ha operado, ha fijado el requisito de la correcta y suficiente argumentación jurídica que dote de sustento a la pretensión, señalando al respecto:

"*Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se*

[6] Orlando Rodríguez Chocontá, Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[7] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio N° 863-2014.

considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada"[8].

Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar el medio impugnatorio in examine, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación, así como respecto a la prohibición normativa de volver a valorar la prueba, bajo el siguiente argumento:

"*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 si 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. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores. (...) 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 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 (...)* "[9].

6.5. Dentro del ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, varios son los conceptos emitidos al respecto; así, Luis Cueva Carrión señala: "*(…) el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes (…)*"[10]; el profesor Claus Roxin señala que: "*La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control 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*"[11]; sobre la misma línea, Clariá Olmedo sostiene que "*La casación constituye una garantía para la mejor realización del orden jurídico (…)*"[12]; Torres Romero y Puyana Mutis precisan que "*La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, no como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo*"[13]. Marco Antonio Guzmán, sostiene que: "*La casación es un recurso extraordinario, extremo: se recurre a él cuando respecto al fallo impugnado ya no existen más instancias a las que acceder. Además, no puede proponerse en todo tipo de proceso ni contra toda clase de sentencias. No es, pues, una nueva instancia; no equivale a la tercera instancia: resulta claramente diverso de ella*[14]".

A su vez, Fabio Calderón Botero, define al recurso de casación penal como: "*[…] 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 del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido*[15]".

Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial "*consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación*

---

[8] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 001-2016.
[9] Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero del 2013. Caso N° 1647-11-EP.
[10] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146
[11] Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.
[12] Orlando A. Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá – Colombia, 2008, p. 19
[13] Ibídem, p. 20
[14] Marco Antonio Guzmán, "La casación en Ecuador, en especial, la Administrativa y la Civil", en Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Universitaria, Quito, 2008, p. 129
[15] Fabio Calderón Botero, "Casación y Revisión en materia penal", Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Impreso en Colombia, p. 2

jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas".[16]

De los criterios jurídicos antes expuestos, se colige, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en el régimen procesal penal, esto es por contravención expresa, indebida aplicación, o errónea interpretación de la ley; es respecto a estos errores *in iudicando*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación.

Además, debe insistirse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibida la revisión de los hechos del caso concreto y realizar una nueva valoración de la prueba, conforme lo prevé el segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal; de ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente, para demostrar la violación a la ley en la sentencia objetada.

7. ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.

7.1. De conformidad con el artículo 1 de la Resolución N° 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que en su parte pertinente dispone "*(…) Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, (…)*", el Tribunal de Casación ha efectuado el examen respectivo de admisibilidad, y conforme se señaló en el numeral 3.7 de la presente sentencia, se admitió a trámite el recurso de casación, limitando el mismo exclusivamente a la alegación de indebida aplicación de los artículos 41 y 43 del Código Orgánico Integral Penal, respecto a la cual debía efectuarse la fundamentación del recurso por parte de la procesada recurrente.

7.2. Al respecto, en primer lugar es necesario establecer el ámbito conceptual del error de derecho que se ha alegado, esto es la **indebida aplicación de la ley**, que es una de las formas de la violación a la ley que en virtud del principio de taxatividad, ha previsto el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal como susceptible de recurso de casación; es un yerro de selección, subsunción o pertinencia, que de acuerdo a la técnica casacional, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando a su vez de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula, lo cual como se señaló acarrea la inaplicación de la norma sustancial que realmente corresponde al hecho juzgado.

El tratadista doctor Jorge Zavala Baquerizo citando a Chiovenda, respecto a la causal de indebida aplicación, conocida también como "*falsa aplicación*", anota que esta "*es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aun entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley*"[17].

En el mismo sentido, Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en Materia Penal, señala:

> "*Por aplicación indebida, se yerra en la selección de la norma. Es presupuesto fundamental el recto entendimiento abstracto de la norma escogida. El error se manifiesta en la falsa adecuación típica, pues los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos condicionantes del precepto y, sin embargo, sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto. Consiste 'en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma (hecho específico legal. Este es, propiamente, el vicio que el artículo (…), llama 'falsa aplicación de la ley' al hecho que, con terminología alemana, se acostumbra a*

[16] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.
[17] Jorge Zavala Baquerizo, El Proceso Penal, Edino, Guayaquil – Ecuador, 1996, Tomo V, p. 132.

designar modernamente también como error de subsunción del caso particular bajo la norma: por eso los efectos jurídicos, establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto por la norma.' (…)"[18].

Por su parte Orlando Rodríguez, sobre este error de derecho señala:

"*Es un 'error de adecuación, de selección', y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella. Es el caso de condenar por un delito agravado, cuando en verdad la condena deber ser un tipo penal simple; o, al contrario, se condena por un delito simple cuando se debió hacer por un delito agravado*"[19].

De lo expuesto, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y, 2. Que producto de ello, la disposición sustancial que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

En este contexto se ha referido la Corte Nacional de Justicia señalando:

"*(…) estriba en el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; ahora bien, para evidenciar este error es menester hacer una contraposición de los dos elementos referidos; y, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado, caso contrario no*"[20].

7.3. Dentro del ámbito conceptual establecido, corresponde analizar la fundamentación del recurso realizada por parte de la procesada recurrente, a fin de determinar si la misma se ha efectuado siguiendo el tecnicismo y excepcionalidad que este medio impugnatorio requiere y que se ha explicado anteriormente.

7.3.1. En lo principal, manifiesta la recurrente Cristina Monserrate Zambrano Marín, a través de su defensor técnico, que su recurso versa sobre la aplicación indebida de los grados de participación que exigen los artículos 41 y 43 del Código Orgánico Integral Penal en relación con el tipo penal del artículo 220 ibídem; que la recurrente es una mujer, una ama de casa; que como antecedente, de los hechos probados se tiene como premisa A, que el señor Alexander Delgado Rocafuerte es autor del delito de tráfico de drogas, quien se acogió al procedimiento abreviado; que el lugar de los hechos es el domicilio del referido procesado y la casacionista; que la misma se encontraba en dicho lugar; que la procesada es conviviente del señor Delgado Rocafuerte, siendo ésta la razón por la cual ella se encontraba en el lugar de los hechos; que estos hechos no se entrelazan con la premisa mayor, esto es con el tipo penal y los grados de participación de los artículos 41 y 43 del Código Orgánico Integral Penal; que no existe que la recurrente haya adquirido la droga, o facilitado medios para su distribución, por lo que no se puede aplicar dichas normas que exigen participación dolosa del agente, en actos secundarios; que la convivencia o la existencia de la mujer en el núcleo de una familia en que se han establecido tipos penales, no se subsumen al hecho de un grado de participación; que el Tribunal Supremo Español ha resuelto casos similares estableciendo que el simple conocimiento o tolerancia no es suficiente para afirmar participación o coautoría; que el Tribunal Supremo Adjunto señaló que se requiere la colaboración o implicación activa en los hechos delictivos; que de los hechos probados no existe un acto secundario que acredite los verbos rectores del tipo penal, y por el hecho de ser cónyuge o conviviente del autor, se subsuma al hecho del tipo penal; que se debe aplicar una perspectiva de género en cuanto a las mujeres imputadas en delitos de drogas cometidos por sus parejas; que pide se case la sentencia al no existir ningún grado de participación por parte de la recurrente en el delito que se juzga.

7.3.2. Analizada la fundamentación efectuada por

[18] Walter Guerrero Vivanco, El Proceso Penal, Pudeleco Editores S.A., Quito – Ecuador, 2004, Tomo IV, p. 294.
[19] Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., p. 19., p. 239
[20] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de 27 de diciembre de 2019, dentro del caso N° 18282-2016-02775.

la casacionista Cristina Zambrano Marín, coincidiendo con el cuestionamiento que efectúa a la misma la delegada de la señora Fiscal General del Estado, encontramos que se ha apartado del tecnicismo que requiere este medio impugnatorio, pues en el momento de exponer los fundamentos de su recurso, omite concretar respecto a la identificación del fallo materia de la impugnación, lo cual se confirma aún más, cuando en la réplica señala que ese punto se halla concretado en forma escrita, haciendo referencia a la interposición del recurso de casación que fue calificado y dio como resultado la admisión de la impugnación, situación contraria a la oralidad que rige la audiencia de fundamentación.

Así también, la recurrente no ha establecido el principio de trascendencia de su recurso, y más concretamente ha obviado efectuar la argumentación jurídica debida conforme lo ha establecido esta Sala en varios de sus fallos, y la Corte Nacional en su resolución 10-2015, en cuanto a que según el tecnicismo del recurso de casación, si bien ha concretado un error de derecho de los previstos en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, y lo ha enlazado con normas jurídicas específicas que considera vulneradas, la casacionista debió precisar la parte de la sentencia que contiene el error in iudicando alegado, la contrastación de lo resuelto con lo que considera debió haberse dictado, y la influencia que habría tenido el error in iure sobre la parte dispositiva del fallo que cuestiona.

Adicionalmente, conforme lo ha señalado tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, para que el cargo de indebida aplicación se encuentre correctamente fundamentado se requiere que la proposición jurídica esté completa, esto es que si se alega que las disposiciones que fueron aplicadas por los juzgadores de instancia no correspondían a los hechos materia de juzgamiento, debía concretar cuáles sí serían las correctas, lo cual en el momento procesal respectivo, vale decir en el de la fundamentación del recurso, no se lo hizo, todo lo cual da como resultado la falta de fundamentación del remedio procesal y la consecuente improcedencia del recurso planteado.

7.4. Sin embargo de lo manifestado, el Tribunal de Casación considera que es su obligación hacer justicia, proclamar el equilibrio interpartes, y concretamente de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, corregir de oficio, en caso de haberlos, los yerros de derecho que existan en la sentencia objetada, a pesar de que la fundamentación no haya sido correcta.

7.4.1. En este contexto, es necesario referirse concretamente al artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, que establece el grado de participación que ha sido determinado en el presente caso, respecto a la encausada Cristina Monserrate Zambrano Marín, esto es de complicidad, mismo que reza:

> "*Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.*
>
> *No cabe complicidad en las infracciones culposas.*
>
> *Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.*
>
> *El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor*".

Al respecto, es obligación de los juzgadores, relacionar la norma con los hechos probados, para en base a los mismos llegar a la conclusión respectiva, lo cual se conoce como el silogismo jurídico que debe operar y servir de fundamento para la decisión a la que el mismo arribe; así, en el caso que nos ocupa, el tribunal de instancia en su sentencia, para llegar a la conclusión de que la señora Cristina Monserrate Zambrano Marín, ha participado en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en calidad de cómplice, debe demostrar en base a la prueba que ha analizado, cada uno de los elementos descritos en la disposición legal aplicada; esto es, que se debe haber establecido en base a la prueba actuada, que la procesada ha facilitado o cooperado con actos secundarios, anteriores o simultáneos, el cometimiento del delito, así como que su actuación haya sido en forma dolosa; en este sentido, citando a varios tratadistas, Ramiro García señala que "*(…) la participación sólo es punible en su forma dolosa, pues el cómplice debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico ejecutada por otra persona, que se llama autor* [Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte General, 2004, p. 442]. *La*

complicidad no debe constituir una parte esencial del plan global, ya que de otra forma sería coautoría; la cooperación durante la fase ejecutiva es excepcional, pues normalmente se presenta en los actos preparatorios [Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2005, p. 411]. *La complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho típico y antijurídico doloso cometido por esta, donde el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno al igual que el inductor tampoco toma parte en el dominio del hecho; el autor ni siquiera necesita saber de su aportación convertida en auxilio* [Hans-Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 1981, p. 764]. *La contribución desplegada por el agente puede ser de índole intelectual o consistir en una mera actividad física, de carácter precio al suceso y aún posterior pese a la condición de que medie promesa anterior al mismo, lo que implica que* ***la simple solidaridad con el autor del delito, la aprobación del hecho realizado o la simpatía que se demuestre hacia este*** *no constituye complicidad* [Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 1995, p. 923].- *Vale señalar que aunque no se trate de una cooperación necesaria ciertamente* ***debe tener la calidad de contribución, esto es debe ser eficaz****, de otro modo se castigaría no como una cooperación sino únicamente como la intención o representación del sujeto* [Juan Bustos Ramírez, Derecho Penal. Parte General, 2005, p. 1089].- *La complicidad debe cumplir ciertos elementos objetivos, así puede consistir en ayuda material o consejos, de modo que la aportación no debe ser material y causal, pues puede darse por medio de consejos o d un hecho. En el primer caso se habla de complicidad intelectual o psíquica, mientras que en el segundo de complicidad técnica o física, sin que sea posible delimitar exactamente ambas formas, ya que al mismo tiempo la prestación de ayuda técnica en la medida en que el autor principal tenga consciencia sobre ella, podrá constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y por lo tanto generar una complicidad intelectual* [Edgardo Donna, Derecho Penal. Parte General, 2007, p. 429]"[21] (Las negrillas nos pertenecen).

7.4.2. Revisada la sentencia de marras, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el día viernes 20 de septiembre de 2019, las 16h21, encontramos el análisis del caso que efectúa el tribunal ad-quem, como parte integrante del considerando Octavo, que en lo principal, respecto a la situación jurídica de la encausada Cristina Monserrate Zambrano Marín, señala:

"*Ante lo previamente indicado este Tribunal Adquem de la revisión del expediente y de la escucha de la audiencia de juzgamiento y a lo manifestado por las partes procesales en la que se establece como punto central que la parte procesada indica que existe insuficiencia de prueba para que su clienta sea condenada con la sentencia de 2 años y que la misma obedece a que se aplicó el Art. 220 numeral 1 literal B del COIP y que se sumó las dos penas tanto para marihuana como para cocaína y que fue únicamente lo revisado por la Jueza de Instancia, debemos indicar de que frente a lo manifestado de la revisión del expediente se puede determinar que conforme a la teoría del caso establecida por parte de Fiscalía y con la prueba aportada por la misma y ante ello también se debe indicar que existen acuerdos probatorios, sin embargo Fiscalía presenta como prueba testimonial a los testigos: Cabo Primero Changoluisa Tipanguano Marco Rodrigo quien indica los hechos suscitados el 04 de octubre del 2018, en horas de la tarde y cuenta lo sucedido, que cuando ingresaron a la vivienda del ciudadano Delgado Rocafuerte Édison Alexander, luego de haber realizado una investigación sobre un presunto robo y que se encontraba involucrado una moto y que la moto le correspondía al antes indicado ciudadano y que se dirigieron hacia su domicilio y que al momento que ingresaron se determinó que se encontraba saliendo de su domicilio con un casco de motocicleta y que al ser interceptado se le encontró una llave de la motocicleta que dicho ciudadano fue reconocido por varios moradores de donde se realizó el robo y que le identificaron como el alias orejas, que luego de su detención fue identificado como Delgado Édison quien indicó a su esposa que se encontraba en el tercer piso, ante el pedido de los Agentes de policía para hacer un allanamiento, sin embargo les permitió ingresar a su domicilio de manera*

[21] Ramiro García Falconí, Código Orgánico Integral Penal Comentado, Ara Editores, Lima-Perú, 2014, Tomo I, pp. 407 a 408.

voluntaria al revisar indica que conforme adjunta y obra del Parte policial la sustancia que se encontró en esa habitación fueron 4 fundas plásticas transparentes que contenía una sustancia vertical verdosa, 2 fundas plásticas pequeñas y 18 sobre papel blanco tipo polvo posiblemente de cocaína, luego de haber hecho la prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) dio como resultado positivo para cocaína en el indicio 1, con un peso neto de 13 gramos; en el indicio 2 dio como resultado positivo para cocaína con un peso neto de 3 gramos; y, en el indicio 3 dio positivo para marihuana con un peso neto de 67 gramos, se adjunta al Parte policial que la droga es encontrada en el dormitorio que tenían en una cómoda y se encontraba en un cartón y se encontraba dentro de ellas varias fundas plásticas que se encontraba dentro de la caja de zapatos y que la misma era visible encontrada encima de la cómoda. Se cuenta con el testimonio del Cabo Segundo de Policía Lucas Adolfo Vásquez Astudillo quien realiza o da noticia del Parte policial informativo que realizaron cuando se procede a la detención de las dos personas tanto del ciudadano Delgado Rocafuerte Édison Alexander y de Cristina Monserrate Zambrano Marín, del testimonio de Franklin Figueroa Flores se puede establecer y es quien realiza el reconocimiento del lugar de los hechos en la que se establece que dentro de las pruebas de campo dieron positivo de marihuana con un peso de 73 gramos y un peso de 67 gramos un rallador metálico, un cuchillo metálico de mesa, una cuchara metálica que frente al contrainterrogatorio va ratificando en cada una de sus actuaciones que realizo como el agente de policía que realiza el reconocimiento del lugar de los hechos.

Es menester indicar que los sujetos procesales llegaron a acuerdos probatorios respecto al informe pericial químico suscrito por la Dra. Grey Ramírez, quien en las observaciones referente a la información de las actas de verificación y pesaje y toma de muestras realizadas por unidad de antinarcótico indicio uno dice dos fundas plásticas transparente con una sustancia polvo blanquecían con un peso bruto de 15 gramos y peso neto 13 gramos, indicio 2 18 sobres de papel cuaderno con una sustancia color blanquecina peso bruto de 7 gramos y peso neto de 3 gramos, indicio tres 4 fundas plásticas transparentes con una sustancia de color verdosa peso bruto 72 gramos y peso neto 67 gramos en las conclusiones se determina que la sustancia blanquecina tipo polvo dio positivo para base de cocaína y la sustancia de aparente vegetal de color verde dio positivo para marihuana; consta de autos la prueba psicosomática realizada por el Dr. Woolney Polo al procesado Édison Delgado y la prueba toxicológica realizada por el Ing. Rubén Encarnación. ***En cuanto a ello este Tribunal considera de que se encuentra probada la materialidad de la infracción así como la responsabilidad de la procesada****, quien ha adecuado su conducta a lo que establece el Art. 220 numeral 1, literal b) del COIP, respecto a las alegaciones realizadas sobre la copia simple del acta de verificación y pesaje del alcaloide, por ser copias simples la Fiscalía en su momento procesal oportuno desistió del interrogatorio del Agente de Policía Franklin Chirán y con ello la Jueza de Instancia excluyó esta prueba por considerar que son copias simples, frente a ello este Tribunal de Alzada analiza lo siguiente: De la revisión del expediente de fojas 84 a 85 consta el informe de verificación y pesaje de la droga suscrito por el Policía Franklin Chirán Landázuri y el Cabo Adrián Ojeda Vargas informe pericial que conforme se puede observar para este tribunal se encuentra debidamente certificadas en la que da a conocer que este informe es fiel copia de su original, de igual manera dentro de la carpeta fiscal existe el original de este informe pericial que viene alegando la defensa de la procesada y que la Jueza excluyó como prueba por considerar que existe únicamente copias simples del acta de verificación y pesaje, para este Tribunal conforme ya se ha indicado al encontrarse debidamente certificado este informe técnico pericial a la que viene haciendo alusión la defensa técnica de la procesada Cristina Monserrate Zambrano Marín, considera que la Jueza hizo mal en excluir esta prueba pericial, más aun fiscalía teniendo el informe pericial en original conforme se ha determinado que consta en la carpeta fiscal, mal hizo en desistir del testimonio del Agente de Policía, Franklin Chirán Landázuri quien firma este informe, de ser el caso este delito ante la actuación de la señora Jueza de primera instancia como del Agente Fiscal podría haber quedado en*

impunidad, actuación que no es la adecuada para la administración de justicia.

Sin embargo este tribunal, al observar que existe prueba suficiente, entre ellos el informe o acuerdos probatorios a los que llegan las partes procesales en la que se ratifica el informe pericial de análisis químico forense, suscrito por la Dra. Grey Ramírez quien da a conocer cuántos indicios se encontró y de los tres indicios que realizó las pruebas técnicas en la que se determinó, tanto la marihuana como la cocaína lo que nos lleva a determinar que esa droga se encontraba en el domicilio de los ciudadanos aprehendidos y ***que tenía pleno conocimiento la hoy recurrente****, esto es, que se encontró como indicio 1 dos fundas plásticas transparentes una sustancia de color blanquecino, peso bruto 15 gramos y peso neto 13 gramos, como indicio 2, 18 sobres de papel cuaderno con una sustancia de color blanquecino peso bruto de 7 gramos, pesos neto 3 gramos, como indicio 3, 4 fundas plásticas transparentes con una sustancia color verdosa peso bruto de 72 gramos y peso neto 67 gramos y que en las conclusiones determina una sustancia blanquecina, tipo polvo positivo para base de cocaína y la sustancia de apariencia vegetal de color verde dio positivo para marihuana, por lo tanto se encuentra debidamente justificado en base a las pruebas aportadas las mismas que debe realizarse y valorarse en su conjunto todas y cada una de las pruebas aportadas en audiencia de juzgamiento, por lo tanto la alegación que presenta la parte de la procesada no tendría cabida.*

Respecto a la falta de congruencia entre lo manifestado en audiencia de juicio y la fundamentación o motivación de la sentencia dictada por la Jueza A-quo, se observa que en el considerando Décimo Primero la jueza hace un análisis sobre la acumulación de penas y se sujeta a lo que establece la Resolución N° 12-2015 que está publicado en el Suplemento Oficial N° 592 del 22 de septiembre del 2015 que establece al tratarse de descripciones típicas contenidas en el Art. 220 numeral 1 del COIP, resolución que se encontraba vigente a la época del cometimiento de la infracción y cuando la Jueza dicta la resolución correspondiente, revisado el Art. 220 del COIP se establece que hablamos del tráfico ilícito de sustancias, estupefacientes y para sancionar e imponer la pena a quienes infringen esta normas se encuentra establecido por escalas y que fiscalía acusó por mediana escala, cuya pena es de 3 a 5 años, revisada la tabla a la que se hace alusión si bien es cierto Fiscalía acusa en mediana escala de 3 a 5 años, el peso tanto de la droga que es cocaína de 16 gramos se encuentra en la mediana escala, así como la marihuana cuyo peso neto es de 67 gramos se encontraría dentro de la mediana escala, por lo tanto la pena privativa de libertad aplicable a la recurrente sería de 3 a 5 años, considerando que ella ha sido formulada cargos por el grado de complicidad conforme establece el Art. 43 del COIP inciso último, el tipo penal y la pena es de 3 a 5 años. Por lo expuesto este Tribunal de Alzada resuelve de acuerdo a lo que establece la Resolución 02-2019 emitido por el Pleno del Corte Nacional de Justicia y que se encuentra publicada en el Registro Oficial 454 en suplemento del martes 26 de marzo del 2019 y bajo lo que establece el Art. 5 sobre los principios procesales en el numeral 2 sobre la favorabilidad, siendo la procesada que ha sido sentenciada en base a la resolución número 122015 y que consta dentro de la sentencia resolución que le sumaba las penas cada uno por las sustancias encontradas y que esta resolución aplicable al Art. 220 numeral 1 del COIP repito hasta la fecha de la sentencia se encontraba vigente, sin embargo la misma queda derogada y entra en vigencia la resolución 02-2019 en la que hace un análisis tanto lo que establece el concurso ideal de los delitos y se da cuando en una sola acción, omisión se configuran uno o más delitos, así como también indica cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces cabe indicar que desde el marco del tratamiento penal el problema que se presenta luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de un delito es el saber qué pena se debe imponer al sujeto activo si las disposiciones en concurso infringen la misma escala, el Juez aplicará la pena impuesta, más si las dos sustancias están en escala diferente se debe imponer la pena más severa o grave, teniendo en cuenta la naturaleza de la pena y del límite.

En este sentido es que acogiendo dicha

resolución y siendo que la droga encontrada se encuentra en las dos en mediana escala y de acuerdo al principio de favorabilidad siendo la pena impuesta a la hoy procesada de dos años se modifica la pena y se le impone la pena privativa de libertad de 1 año que lo cumplirá en el Centro de Rehabilitación para mujeres en la ciudad de Zaruma o en el lugar que las autoridades carcelarias así lo dispongan" (Las negrillas nos pertenecen).

7.4.3. Como se puede observar claramente del análisis efectuado por la Sala de Apelación, el estudio ha estado encaminado exclusivamente a determinar la materialidad de la infracción, y la pena que correspondería aplicar tomando en consideración las resoluciones dictadas respecto al tema de drogas, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sin que se haya demostrado en lo más mínimo la actuación o participación de la acusada Cristina Monserrate Zambrano Marín, en el delito que se juzga, y concretamente en lo que correspondería a la adecuación de su conducta a los elementos antes analizados de la complicidad como grado de participación, limitándose el juzgador de instancia simplemente a concluir que se encuentra probada la responsabilidad de la procesada, y que de la existencia de la droga la recurrente tenía pleno conocimiento, desatendiendo su obligación de demostrar cada uno de los elementos previstos en el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, y referidos además por la amplia doctrina penal; ergo, al no haber subsumido los hechos a la norma indicada, mal podía aplicar la misma al caso en concreto, produciéndose así el error in iudicando de indebida aplicación de la disposición legal que establece el grado de participación complicidad.

Por otra parte, el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal establece entre los principios procesales, el denominado duda a favor del reo, señalando que "*la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable*"; pero dicho convencimiento, no puede ser arbitrario o de íntima convicción carente de sustento o explicación de razones por las cuales se arriba a una conclusión, sino que debe formarse a raíz de la prueba analizada; lo contrario, equivale a una falta de convencimiento del juzgador, y en consecuencia, la sentencia que dicta será ratificatoria de inocencia en lugar de condenatoria. Eso es lo que este Tribunal de cierre observa en el presente caso, en que el adquem, sin sustento alguno arriba a las conclusiones antes referidas respecto a la procesada Cristina Zambrano Marín, por lo que no le correspondía dictar sentencia condenatoria, sino en aplicación al artículo in comento ratificar la inocencia de la misma, con lo cual se cierra la proposición jurídica del error en derecho encontrado.

OCTAVO:
DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**;
RESUELVE:

8.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, declarar improcedente el recurso de casación planteado por la encausada **CRISTINA MONSERRATE ZAMBRANO MARÍN**, al incumplir con los principios de debida demostración y fundamentación; y, en aplicación de la facultad contemplada en el artículo 657 numeral 6 ibídem, casar ex officio, la sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el día viernes 20 de septiembre de 2019, a las 16h21, declarando la existencia del error in iudicando de indebida aplicación del artículo 43 del mismo cuerpo legal, y conforme el artículo 5 numeral 3 ejusdem, se confirma el estado de inocencia de la encausada antes mencionada, disponiéndose el levantamiento de todas las medidas cautelares que se hayan emitido en su contra.

8.2. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines legales consiguientes.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**.

f) Dr. Luis Adrián Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Walter Macías Fernández, JUEZ NACIONAL.

V

Juicio Nro. *23281-2018-01363*
Resolución Nro. *715-2021*
Fecha: *miércoles 25 de agosto del 2021, las 12h04*

TEMA: Inducción a error a la víctima para la configuración del delito de estafa.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de L. A. D. S., en calidad de autor del delito de estafa, tipificado en el artículo 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en virtud de que, ocultando un hecho verdadero, habría inducido a error a la víctima, causándole un perjuicio económico y, a consecuencia de ello, acrecentando el suyo.

En el presente caso se discute si los tribunales de instancia realizan la conexión debida entre el relato fáctico y la aplicación de la norma, para determinar la existencia del delito de estafa.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas determina que se encuentran probados los hechos de la causa, pues la víctima entregó al procesado, sistemáticamente, varias cantidades de dinero, a cambio de tener las escrituras definitivas del predio en 30 días, con lo que su patrimonio fue afectado en la cantidad de USD. 130.000 dólares de los Estados Unidos de América, puesto que nunca recibió las escrituras, ni le ha sido devuelto el dinero, de manera que el procesado, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, simuló ser el propietario de un bien inmueble que no le pertenecía, manteniendo de esta forma en error a la víctima, mediante el otorgamiento de una escritura de cesión de derechos posesorios.

En este sentido, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, en calidad de autor del delito de estafa, imponiéndole la pena de privación de libertad de cinco años, indemnización a favor de la víctima y una multa.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en virtud del recurso de apelación planteado por el procesado, si bien confirma la sentencia del a quo, realiza las siguientes consideraciones: 1) En primer lugar, determina que el procesado no se presenta como dueño, ni ofrece entregar escrituras, puesto que no comparece como tal, concluyendo que el delito no se configura por haber celebrado un contrato de cesión de derechos, que es permitido por ley. 2) En segundo lugar, el tribunal expone que, por el contrario, el delito se configura al momento que el procesado ocultó un hecho verdadero, haciendo creer a la víctima que podía tomar posesión del inmueble para explotación minera, cuando ello no estaba permitido.

El tribunal resuelve desechar el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirmar la sentencia venida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23281-2018-01363

Juez Ponente: Dr. Luis Rivera Velasco

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, miércoles 25 de agosto del 2021, las 12h04.
VISTOS:
El ciudadano Luis Alejandro Díaz Sánchez, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 01 de junio de 2020, las 10h00; la cual, desechando el recurso de apelación interpuesto por él, confirmó la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, de fecha 17 de octubre de 2019, las 10h30, en la que se le declaró autor del delito de estafa, tipificado en el inciso primero del artículo 186 del COIP, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de cinco años, multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general y el pago de ciento treinta mil dólares por concepto de reparación integral.
Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:
PRIMERO
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

i. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (Arts. 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la Selección y Designación de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

ii. Mediante Acciones de personal Nro. 0036-DNTH-2021-AL y 0034-DNTH-2021-AL, de fecha 2 de febrero de 2021, suscrita por el Dr. Pedro Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, se otorga al abogado Luis Antonio Rivera Velasco y Felipe Córdova Ochoa, el nombramiento como Jueces Nacionales, por período fijo, a partir de las 10h00 del 03 de febrero de 2021.

iii. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución No. 02-2021 conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

iv. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), artículo 10 inciso 2, 184, 186.1 y 192.4 del COFJ; y, artículo 656 Código Orgánico Integral Penal (COIP).

v. Mediante sorteo de 15 de julio de 2020, las 09h25, ante el Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el Tribunal de casación para conocer la presente causa; tribunal que quedó integrado de manera primigenia por los doctores Wilman Terán Carrillo (ponente), David Jacho Chicaiza y Marco Rodríguez Ruiz y, Jueces Nacionales.

vi. Mediante resorteo de fecha 01 de abril de 2021, las 08h43, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que quedó integrado por: Luis Antonio Rivera Velasco, en calidad de Juez Nacional Ponente; Felipe Córdova Ochoa y Marco Rodríguez Ruiz, Jueces Nacionales.

SEGUNDO
ANTECEDENTES
2.1. Antecedentes fácticos:
Según la sentencia del Tribunal de Juicio, los hechos que motivaron la condena, se contienen en lo siguiente:

> (…)"el día 25 de mayo del 2015, en el sector de la Av. Tsáchila y Pasaje Ecuador, específicamente en la Notaría Segunda de este cantón de Santo Domingo, cuando el

hoy procesado Luis Alejandro Díaz Sánchez concurre conjuntamente con el hoy víctima y acusador particular Kléver Ernesto Figueroa Espín, y realizan una escritura pública de cesión de derechos posesorios de un bien-inmueble ubicado en el margen derecho del Km. 30 de la Vía Santo Domingo-La Concordia, parroquia Valle Hermoso. Esta cesión de derechos según lo había manifestado el señor Luis Alejandro Díaz Sánchez hoy procesado, y la ofrece en venta el día 25 de mayo del 2015. Esta cesión de derechos la realizan en legal y debida forma en la Notaría Segunda, por cuanto el señor Kléver Ernesto Figueroa Espín efectivamente le entregó la cantidad de $ 130.000 dólares por esta cesión de derechos posesorios; y la circunstancia que nos ocupa en esta audiencia, ocurre que este bien inmueble ubicado en el Km. 30, no estaba sujeto a ser enajenado peor a enajenar sus derechos posesorios, dado que este predio pertenecía inicialmente al Banco Central del Ecuador, que estaba en trámite de transferencia al MAGAP de Santo Domingo de los Tsáchilas, y en esas circunstancias es la que el señor Luis Alejandro Díaz Sánchez había omitido u había ocultado dolosamente a la víctima Kléver Ernesto Figueroa Espín, y se hace entregar la cantidad de $ 130.000 dólares, por la venta de estos derechos posesorios que no estaba facultado para hacerlo. (…)." (SIC)

2.2. Antecedentes procesales:

i. Sentencia de Primer nivel, dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, de fecha 17 de octubre de 2019, las 10h30, mediante la cual se resuelve: "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: 1.) Declarar la culpabilidad de LUIS ALEJANDRO DÍAZ SÁNCHEZ, cuyas generales de ley quedan especificadas al inicio de esta sentencia, como autor del delito de Estafa, tipificado en el Art. 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, se le impone la pena corporal de CINCO AÑOS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD, como consecuencia jurídica por la comisión de la indicada infracción, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de este cantón Santo Domingo, conforme lo dispuesto en el Art. 77, numeral 12, de la Constitución de la República; debiéndose descontar el tiempo que haya estado detenido por esta causa. Por encontrarse en libertad, de no presentarse al cumplimiento de la pena una vez ejecutoriada la sentencia, procédase de inmediato a su localización y captura; 2.) a).- Conforme el Art. 70 Ibídem se le impone la pena de multa de veinte (12) salarios básicos unificados del trabajador en general vigentes a la fecha de comisión de la infracción, la cual deberá pagar de manera íntegra e inmediata una vez que la presente sentencia quede ejecutoriada, atento lo que dispone el Art. 69, numeral 1, en concordancia con el Art. 70, numeral 8 del COIP, para cuyo efecto se le hace conocer al sentenciado que el valor de la multa deberá depositar en la cuenta corriente de BanEcuador No. 3001109047 sub línea 170499, debiendo presentar el comprobante de depósito original en esta causa; de lo contrario se procederá conforme al Art. 12 del Reglamento para la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura. b).- Por efectos de reparación integral, se condena al sentenciado LUIS ALEJANDRO DÍAZ SÁNCHEZ al pago por concepto de indemnización, la cantidad de CIENTO TREINTA MIL DÓLARES ($130.000) de los Estados Unidos de Norteamérica, a favor del Sr. KLÉVER ERNESTO FIGUEROA ESPÍN; 3.) De conformidad con los Arts. 554 y 555 del citado cuerpo legal, remítase atento oficio al señor Registrador de la Propiedad del cantón Santo Domingo a fin de que se registre la prohibición de enajenar de los bienes de la persona sentenciada por el monto que se dispone como valor por concepto de reparación integral; así como por el valor de la multa dispuesta; y, en igual sentido se remita atento oficio a la Superintendencia de Bancos a fin de que disponga a las instituciones del sistema financiero la retención de los valores dispuestos como compensación por concepto reparación integral; así como por el valor de la multa dispuesta, de las cuentas de la persona sentenciada; 4.) LA INTERDICCIÓN de la persona sentenciada mientras dure la pena, pena no privativa de

libertad que se impone en virtud de lo dispuesto en el Art. 64, numeral 2, de la Constitución de la República, en sintonía con el Art. 81 del Código de la Democracia; y, Art. 56 y 68 del COIP. 5.) Conforme lo dispuesto en los Artículos 666 y 667 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con las Resoluciones dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: No. 76-2013, Art. 8.3.- No. 18-2014, Arts. 1 y 2.- No. 032-2014, Artículo Único; una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase copias certificadas de la misma con la razón de la ejecutoria, al Juez de Garantías Penitenciarias del cantón Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, para la ejecución de la pena; para lo cual, por intermedio de Secretaria, envíese los despachos respectivos a la Sala de Sorteos de la Unidad Judicial Penal y Tránsito de esta ciudad, acorde a lo que dispone el Art. 2 de la Resolución No. 18-2014 antes citada.- Continúe actuado el Ab. Rolando Córdova, Secretario del Tribunal.- LÉASE y NOTIFÍQUESE.-".

ii. Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 1 de junio de 2020, a las 10h00, mediante la cual se resuelve:

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, decide desechar el recurso de apelación interpuesto por el procesado Luis Alejandro Díaz Sánchez y confirmar la sentencia venida en grado, con el análisis expuesto en esta resolución. Obténgase copias de la presente resolución para el archivo de la Sala. Ejecutoriada la misma, devuélvase inmediatamente el proceso al Tribunal de origen para los fines legales consiguientes. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

iii. De este fallo -conforme quedara referido inicialmente-, el procesado Luis Alejandro Díaz Sánchez*;* insistente en su afán impugnatorio, presenta recurso de casación, en atención a lo que dispone el artículo 656 del COIP.

iv. Auto de fecha 10 de junio de 2020, las 11h52, dictado por el Tribunal de Apelación, mediante el cual, en lo pertinente, se dispone:

(…)Santo Domingo, miércoles 10 de junio del 2020, las 11h52, VISTOS: Una vez que el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N.-045-2020, resolvió restablecer las actividades parciales, desde el 11 de mayo del 2020, a los servidores de las Cortes Provinciales de Justicia, dentro de la presente causa, se dispone lo siguiente: Agréguese al cuaderno de instancia el escrito presentado por Luis Alejandro Díaz Sánchez, escrito presentado el día 08 de junio de 2020, las 16h48, dentro del término legal, mediante el cual se ha interpuesto el Recurso de Casación.- De conformidad con el Art. 656 del Código del Código Orgánico Integral Penal, se concede el Recurso de Casación interpuesto ante la Corte Nacional de Justicia.-Téngase en cuenta en la ciudad de Quito, los correos electrónicos: abg. edgarmoreira@gmail.com, fedgarwilfrido@yahoo.com, y la casilla judicial N°. 344.- Cúmplase con las formalidades del caso y remítase el proceso a la brevedad posible a la Corte Nacional, para que las partes hagan valer su derecho.- NOTIFIQUESE.

v. Sorteo de 15 de julio de 2020, ante el Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de casación para conocer la presente causa; tribunal que quedó integrado de manera primigenia por los doctores Wilman Terán Carrillo, Marco Rodríguez Ruiz y David Jacho Chicaiza, Jueces Nacionales.

vi. Auto de fecha 29 de diciembre de 2020, las 10h16 en el cual se admite a trámite el recurso de casación en lo concerniente a la alegación por contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.

vii. Mediante resorteo de fecha 1 de abril de 2021, las 08h43, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que quedó integrado por: LUIS ANTONIO RIVERA VELASCO, en calidad de Juez Nacional Ponente; FELIPE CÓRDOVA OCHOA y MARCO RODRÍGUEZ RUIZ, Jueces Nacionales.

viii. Mediante auto de sustanciación de fecha 11 de junio de 2021, las 09h11, se convocó

a audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, mismo que se celebró en fecha 17 de junio de 2021, las 11h00.

TERCERO

Audiencia de fundamentación del recurso de casación

3.1.- Fundamentación por parte de la defensa del procesado Luis Alejandro Díaz Sánchez:

Durante la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso, el doctor Edgar Moreira Contreras, en defensa del procesado, manifestó que:

- Acusa que la sentencia de apelación carece de la motivación debida y que no cumple los parámetros constitucionales de lógica, razonabilidad y comprensibilidad.
- Indica que los hechos que se han justificado del proceso, no se adecuan a los presupuestos del tipo penal contenido en el artículo 186 del COIP, pues el juzgador de primera instancia habría realizado una valoración del elemento objetivo vulnerado, señalando que el procesado ha simulado hechos, pues no podría venderse bajo la figura de cesión de derecho posesorio la propiedad que ha adquirido el señor Klever Figueroa, y desarrolla aquello indicando que tales actos jamás habrían sido justificados a través de elementos probatorios necesarios y mediante la prueba pertinente.
- Manifiesta que el tribunal de apelación, por su parte, cambia dicho elemento objetivo, al determinar que no existió simulación de hechos falsos, y al respecto indica que en la normativa civil se establece como la exclusión jurídica de la venta de derechos posesorios, a la cesión de derechos posesorios y que el contrato es válido en todo su contexto, a su decir, dándoles la razón de que no se habría cometido el delito de estafa, pues habría una actuación de carácter civil bajo el riesgo asumido, por parte del señor Figueroa.
- Indica que más adelante se determinó que existió ocultamiento de hechos verdaderos, *"(…) cambiando de forma total el elemento objetivo del tipo penal (…)"*, y señala que tal hecho se habría justificado con los testimonios de los funcionarios de MAGAP, quienes comparecieron a la audiencia y habrían referido hechos como que eran responsables del proyecto de distribución de tierras, que dicha propiedad que fue concedida bajo cesión de derechos posesorios, era de propiedad de MAGAP y que la finalidad de tal proyecto era la de otorgar escrituras a todas las personas que se encontraban en posesión, pero que debían cumplir los requisitos de quella por más de cinco años y tener finalidad ganadera y agrícola, mismos que no se cumplían.
- Señala que la Corte Provincial habría adecuado dicho acto al elemento objetivo indicado, pero que su criterio es que no existe el delito de estafa, pues se trataría de un hecho meramente civil y que de existir inconformidad por parte de los contratantes, debía resolverse vía civil a través de la acción de nulidad del contrato, de conformidad con el artículo 16.97 del Código Civil, pues, es criterio del casacionista que al decir que el comprador fue engañado y consecuentemente suscribió un contrato por error en la creencia que el bien inmueble podía ser objeto de explotación minera, es un riesgo propio, pues de haber adquirido la propiedad, la intencionalidad o el destino que él le dé es de carácter autónomo y no es responsabilidad de quien procedió en el contrato que se realizó.
- Señala que la sentencia de apelación únicamente hace un análisis para cambiar el elemento objetivo, pero no hace valoración de prueba, no hace la conexión debida entre el presupuesto fáctico y la aplicación de la norma pertinente para determinar la carencia del elemento de razonabilidad. Añade que aquello vuelve incomprensible el contenido de la sentencia.

3.2. Intervención por parte de Fiscalía General del Estado.

La señora delegada de la Fiscalía General del Estado, doctora Zulema Pachacama Nieto, quién manifestó que:

- Señala el objeto y parámetros del recurso de casación.
- Manifiesta que el recurrente no habría indicado la norma jurídica en la que ampara su recurso casacional, la norma jurídica constitucional que considera vulnerada, la parte de la sentencia donde el procesado considera que existe el error, ni la trascendencia que el supuesto error ocasiona.
- Indica que el recurrente únicamente ha sostenido que la sentencia carece de motivación, por incumplir los parámetros de lógica, razonabilidad y comprensibilidad.
- Añade que el recurrente se ha referido a la sentencia de primer nivel, lo cual, señala, es improcedente en materia casacional.

- Respecto a la alegación de que se trata de un tema civil y no penal, indica que la sentencia en el considerando 5.1 realiza un análisis lógico, razonable y comprensible a dicha alegación, que ya ha sido realizada en instancia de apelación, y se ha establecido que efectivamente existió un engaño cuando el procesado cede los derechos posesorios a la víctima, sin señalarle que los terrenos no estaban aptos para la explotación minera, que fue la razón por la que la víctima realizó el negocio. Indica que también se ha analizado el monto del perjuicio económico y se ha determinado la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, insistiendo en que no existe contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.

3.3. Intervención por parte de la víctima:

El doctor Felipe Córdova Rojas, en representación del señor Klever Ernesto Figueroa Espín, señaló:

- Hace suya la intervención de Fiscalía y señala lo que es el recurso de casación.
- Indica que el impugnante no llega a determinar si la falta de motivación se hace específicamente en la lógica, en la razonabilidad o en la comprensibilidad, lo que, indica, es importante.
- Señala que el recurrente no ha especificado la parte de la sentencia donde se encuentra el error, las causales bajo las que ampara su recurso, ni ha determinado la incidencia en la decisión de la causa.
- Agrega que la inconformidad que el recurrente demuestra, no es compatible con una falta de motivación.
- Indica que la sentencia impugnada, cumple todos los requisitos formales que establece el articulo 622 del COIP, y los estándares de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Añade que el contenido es sencillo, claro, argumentativo y coherente.
- Solicita se deseche el recurso.

3.4. Réplica por parte de la defensa técnica del procesado:

- Señala que recurre de la sentencia de apelación, que ha argumentado falta de motivación por falta de lógica, pues, a su decir, no ha existido coherencia en las premisas propuestas como teoría del caso a los elementos probatorios y mucho menos a la conclusión.
- Indica que ha tenido como antecedente que el Tribunal Penal valoró otro tipo penal dentro del delito de estafa, mientras que la Corte Provincial cambia el tipo penal sin considerar los elementos probatorios, pues en primer momento habrían acusado simulación de hechos y luego ocultamiento de hechos verdaderos.
- Indica que no es responsabilidad del señor Luis Díaz conocer de los permisos de concesión minera, que esa es la valoración que su defensa tiene como sustento principal y que por tal existe carencia de lógica, lo cual volvería incomprensible a la sentencia.

CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso; por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido COIP.

4.2.-Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes COIP, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE, por lo que se declara su validez.

4.3.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado

[1] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado "… [que] *se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela…" [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].*

en el artículo 82 CRE[1]; es por ello, que en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[2]

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, 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 la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> (…) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (…) [3]

---

[2] Samuel Ramírez Poveda en su obra *"Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal 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 firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (…) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."*

[3] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

4.4.- Examen de Casación

Ubicados que han quedado, por un lado, el escenario causal de los argumentos de la parte recurrente; así como, por otro, los parámetros de este medio de impugnación, se procederá a despejar y/o dar respuesta a los cargos esbozados, desde el marco de las causales establecidas en la ley.

Conforme quedó referido en el numeral 3.1, los argumentos centrales del casacionista se centra en lo siguiente:

Se acusa que la sentencia de apelación carece de la motivación debida y que no cumple los parámetros constitucionales de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; se indica que los hechos que se han justificado del proceso, no se adecuan a los presupuestos del tipo penal contenido en el artículo 186 del COIP, pues, a su decir, el juzgador de primera instancia habría realizado una valoración del elemento objetivo vulnerado, cuando, es su criterio, que tales actos jamás habrían sido justificados a través de elementos probatorios necesarios y mediante la prueba pertinente.

Se manifiesta que el tribunal de apelación cambia el elemento objetivo señalado por el Tribunal, al determinar que no existió simulación de hechos falsos; y al respecto se indica que en la normativa civil el contrato de cesión de derechos posesorios es válido en todo su contexto, a su decir, dándoles la razón de que no se habría cometido el delito de estafa, pues se encontrarían ante una actuación de carácter civil bajo el riesgo asumido, por parte del señor Figueroa.

Se indica que se determinó que existió ocultamiento de hechos verdaderos, lo que, a su decir, cambió el elemento objetivo del tipo penal, y señala que tal hecho se habría justificado con los testimonios de los funcionarios de MAGAP, quienes habrían referido, entre otras cosas, que la finalidad de tal proyecto era la de otorgar escrituras a todas las personas que se encontraban en posesión, pero que debían cumplir los requisitos de aquella por más de cinco años y tener finalidad ganadera y agrícola, mismos que no se cumplían.

Se señala que la Corte Provincial habría adecuado dicho acto al elemento objetivo indicado, pero que su criterio es que no existe el delito de estafa, pues se trataría de un hecho meramente civil y que debía resolverse por esa vía, pues, es criterio del casacionista que al decir que el comprador fue engañado y consecuentemente suscribió un contrato por error en la creencia que el bien inmueble podía ser objeto de explotación minera, es un riesgo propio, pues de haber adquirido la propiedad, la intencionalidad o el destino que él le dé es de carácter autónomo y no es responsabilidad de quien procedió en el contrato que se realizó.

Finalmente se señala que la sentencia de apelación únicamente hace un análisis para cambiar el elemento objetivo, pero no hace valoración de prueba, no hace la conexión debida entre el presupuesto fáctico y la aplicación de la norma pertinente para determinar la carencia del elemento de razonabilidad.

Ahora bien, en cuanto a la argumentación, este Tribunal considera que el recurso presentado cumple el principio de taxatividad, pues acusó, y así fue admitido a trámite, contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.

- El fundamento del recurso gira en torno a que los hechos que se han justificado del proceso, no se adecuan a los presupuestos del tipo penal contenido en el artículo 186 del COIP, sin embargo, el argumento del recurrente es que tales hechos jamás habrían sido justificados a través de elementos probatorios necesarios y a través de la prueba pertinente, es decir, el problema que se plantea no es en cuanto al relato fáctico fijado, vs. supuesto normativo, sino relato fáctico fijado en contraposición con lo que considera no se ha justificado mediante la prueba pertinente, lo que conllevaría a este Tribunal Casacional, necesariamente a revisar dicha prueba para determinar si coincide o no con los hechos fijados por el tribunal de instancia. Aquello se encuentra taxativamente prohibido a este juzgador, por prohibición expresa contenida en el inciso segundo del artículo 656 del COIP, por lo que el presente reproche se declara improcedente.
- En cuanto a la alegación de que el tribunal de apelación cambia un elemento objetivo del tipo, al determinar que no existió simulación de hechos falsos, sino ocultación de hechos verdaderos, el recurrente basa dicha alegación en que habría una actuación de carácter civil bajo el riesgo asumido, por parte del señor Figueroa. A pesar de que el reproche se plantea como un tema de derecho, su fundamentación corresponde, nuevamente, a la revalorización de hechos fijados por el tribunal de apelación -estrictamente si el riesgo asumido, fue conocido o no por parte de la víctima al momento de realizar el contrato-, y que no pueden ser revalorados ni mucho menos alterados por este

Tribunal Casacional, pues, como se indicó en líneas anteriores, aquello se encuentra vedado al presente juzgador, por prohibición expresa en el inciso segundo del articulo 656 del COIP.

- Nuevamente reprocha que se ha cambiado el elemento objetivo del tipo penal, señalando que con los testimonios de los funcionarios de MAGAP quienes comparecieron a la audiencia y habrían referido hechos como que eran responsables del proyecto de distribución de tierras, que dicha propiedad que fue concedida bajo cesión de derechos posesorios era de propiedad de MAGAP y que la finalidad de tal proyecto era la de otorgar escrituras a todas las personas que se encontraban en posesión, pero que debían cumplir los requisitos de quella por más de cinco años y tener finalidad ganadera y agrícola, mismos que no se cumplían.

Al respecto, en cuanto a los requisitos señalados por los funcionarios del MAGAP, este tribunal no puede pronunciarse si se cumplían o no se cumplían como alega el recurrente, pues, como se ha indicado repetidamente, existen prohibiciones expresas en el inciso segundo del artículo 656 del COIP, por las que el presente juzgador se encuentra impedido de revisar hechos o valorar prueba; sin embargo, en cuanto a su reproche de que se ha cambiado el elemento objetivo penal, este tribunal se pronuncia así:

Tanto el Tribunal de Juicio, como el Tribunal de Apelación, han condenado al procesado por el delito de estafa contenido en el artículo 186 del COIP. Consta de la sentencia de apelación en su considerando 5.4 (fs.14), que el juzgador corrige imprecisiones del tribunal fijando el relato fáctico en que el delito no consiste en que el procesado ha simulado ser el dueño (como indica el a quo), sino en que ha ocultado un hecho verdadero para hacer creer a la víctima que podía tomar posesión de un bien para destinarlo a la explotación minera, cuando conocía que aquello no estaba permitido.

Esta precisión por parte del Tribunal de Apelación, en cuanto a determinadas circunstancias de los hechos, no implica cambio de calificación jurídica, y no afecta el derecho a la defensa del procesado; para sustentar esta afirmación, el Tribunal de Casación ha procedido a revisar los dos parámetros fijados en anteriores sentencias, para constatar el respeto al principio de congruencia, también llamado de correlación entre la acusación y la sentencia:

> **a)** Inalterabilidad de los hechos por los cuales se ha investigado, llamado a juicio y juzgado al procesado; y, **b)** Viabilidad de la línea defensiva adoptada por el procesado durante el proceso, con posterioridad al cambio de calificación jurídica de los hechos de los que ha sido acusado[4].

En cuanto al primer requisito fijado *supra*, se observa que al dictarse el auto de llamamiento a juicio contra el procesado, los hechos, si bien se aprecian de modo disímil, son los mismos que se mantuvieron hasta el momento de dictarse sentencia de segundo nivel; así:

> … [**Llamamiento a juicio.-**] LA SEÑORITA FISCAL PRESENTA SU DICTAMEN ACUSATORIO EN CONTRA DE DIAZ SÁNCHEZ LUIS ALEJANDRO EN CALIDAD DE AUTOR DEL ART. 186 DEL COIP ESTO ES POR EL DELITO DE ESTAFA EL DELITO DE ESTAFA DICE QUE: " LA PERSONA QUE, PARA OBTENER UN BENEFICIO PATRIMONIAL PARA SÍ MISMA O PARA UNA TERCERA PERSONA, MEDIANTE LA SIMULACIÓN DE HECHOS FALSOS O LA DEFORMACIÓN U OCULTAMIENTO DE HECHOS VERDADEROS, INDUZCA A ERROR A OTRA, CON EL FIN DE QUE REALICE UN ACTO QUE PERJUDIQUE SU PATRIMONIO O EL DE UNA TERCERA LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL ES CAUSAR UN PERJUICIO ECONÓMICO Y A LA VEZ EL BENEFICIO PERSONAL DE LA PERSONA. FGE HA PRESENTADO UNA CANTIDAD DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN CON LOS QUE SUSTENTA SU DICTAMEN. EL SEÑOR DÍAZ SÁNCHEZ ERA MIEMBRO DE UNA ASOCIACIÓN DE UN A PROPIEDAD DEL BANCO CENTRAL, QUE NO ESTÁ ADJUDICADO

[4] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 1242-2014. Estado ecuatoriano Vs. Olivo Marín (Peculado)

A NINGUNA ASOCIACIÓN. EN EL SUPUESTO DE QUE SE HUBIERA CONFORMADO LA ADJUDICACIÓN A LA ASOCIACIÓN SARAYACU, Y NO LE IBA A DAR UNA ESCRITURA PÚBLICA A SU S SOCIOS, AQUELLA PROMESA NO ESTABA DENTRO DE LA REALIDAD, ESCAPABA A QUE NINGUNA PERSONA PODÍA DAR CUMPLIMIENTO A ELLO LUEGO APARECE UNA TERCERA PERSONA PUDE PERMISO ARA EL USO DE SUELO. ESTO ES MUY DIFERENTE A LO QUE ESTABLECE LA EXPLOTACIÓN DE MINAS QUE ES UN PROCESO MUY DIFERENTE, TODA MINA ES DE PROPIEDAD DEL ESTADO Y ES QUIEN ADJUDICA A UNA PERSONA DETERMINADA PARA QUE HAGA LA EXPLOTACIÓN DE UNA MINA. **ASÍ QUE LA CESIÓN DE DERECHOS EN $130000,00 EN UNA PARTE RURAL, LO QUE SE ADQUIRÍA ES LOS DERECHOS QUE POSEÍA, Y LA OTRA COMPRABA LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE MATERIAL PÉTREO.** EN TAL VIRTUD DE LOS ELEMENTOS APORTADOS CONCLUYO QUE SI SE CONFIGURA LOS ELEMENTOS DEL ART. 186 DEL COIP POR LO QUE LLAMO A JUICIO… (SIC)

… [**Sentencia de primer nivel.-**] En el caso puesto en conocimiento y resolución del Tribunal, la conducta desplegada por el procesado LUIS ALEJANDRO DÍAZ SÁNCHEZ, ha quedado demostrada tanto en el presupuesto de materialidad como el de responsabilidad, previo razonamiento lógico-deductivo y conforme los elementos descriptivos del tipo penal que nos ocupa se ha establecido que la persona referida en la descripción típica de estafa, se trata de la persona humana LUIS ALEJANDRO DÍAZ SÁNCHEZ, quien a fin de obtener un beneficio patrimonial para si misma, se presentó ante la víctima KLÉVER ERNESTO FIGUEROA SÁNCHEZ como dueño y propietario de un lote de terreno de cabida total de 8.9682 hectáreas, ubicado en la parroquia Valle Hermoso, en este cantón Santo Domingo, el mismo que estaba integrado al predio SARAYACU-LA ISLA, mediante la fraudulenta cesión de derechos posesorios y la falsa promesa de entregar las escrituras de dicho bien en el plazo de un mes, indujo al error del agraviado KLÉVER ERNESTO FIGUEROA SÁNCHEZ, con la finalidad de que realice la entrega de varias cantidades de dinero por un valor total de $130.000 dólares, en perjuicio de su patrimonio, sin que hasta la fecha haya obtenido ni la posesión de dicho bien inmueble; así como tampoco el perjuicio en dinerario.…

… [**Sentencia de apelación.-**] Revisada la sentencia impugnada, se aprecia que adolece de varias imprecisiones que este Tribunal de alzada se encuentra en el deber de corregir y subsanar, cuando el Tribunal A-quo analiza la conducta como elemento objetivo del tipo, señala que el procesado se presentó como dueño y propietario del lote de terreno, lo cual no es cierto pues del contrato de cesión de derechos no figura o no comparece como tal, también señala el Tribunal que el procesado prometió entregar las escrituras del bien en el plazo de un mes, lo cual tampoco se desprende del contrato de cesión de derechos; asimismo en el numeral 3.) de la sentencia el Tribunal A-quo señala que el procesado se presentó como dueño del predio, sabiendo que dicho predio no le pertenecía, que la real y verdadera posesionaria era la señora Virginia Cedeño, ante estas erradas afirmaciones es menester aclarar lo siguiente: en primer lugar el procesado no se presenta como dueño ni ofrece entregar escrituras, el delito no se configura, por el simple hecho de haber celebrado un contrato de cesión de derechos posesorios (porque aquello está permitido por la ley), es decir, que una persona muy bien puede ceder sus derechos de posesión y si lo hace es porque justamente el bien no se encuentra a su nombre, es decir, no tiene el título de dominio, sino únicamente la posesión por eso se suscribe un contrato de cesión de derechos, y afirmar que la real posesionaria del bien es otra persona (Virginia Cedeño), es desconocer el contrato existente en donde la referida señora le cede sus derechos posesorios a Luis Díaz y este a su vez cede a la víctima el mismo día, lo cual no está prohibido por la ley, actos jurídicos permitidos y que el Tribunal A-quo no aborda correctamente

cuando analiza la conducta como elemento objetivo del tipo, debiendo enfatizar que el delito se configura cuando el procesado Luis Díaz oculta un hecho verdadero para hacer creer al señor Foguero (víctima) que podía tomar posesión del inmueble para explotación minera cuando esto no estaba permitido induciendo a error para que suscriba el contrato y entregue el dinero, conforme el análisis realizado en el numeral 5.3 de esta sentencia. (…)

Ya en cuanto al segundo requisito, se observa que desde la etapa intermedia hasta el actual recurso de casación, la acusación pública mantuvo una línea firme respecto al encuadramiento de la conducta del procesado al tipo penal de estafa, tipificado en el artículo 186 del COIP, calificación jurídica de la que se ha venido defendiendo durante la causa; sin poder considerar, por ello, que la precisión de otra arista en el basamento fáctico legal deje inservibles las alegaciones que hasta este momento ha venido efectuando la asistencia letrada del procesado, por lo que su reproche no resulta trascendente, y se lo declara improcedente.

- En cuanto a su alegación de que no existe el delito de estafa, pues se trataría de un hecho meramente civil y por el cual alega que la creencia de que el bien inmueble podía ser objeto de explotación minera, es un riesgo propio, pues de haber adquirido la propiedad, la intencionalidad o el destino que él le dé es de carácter autónomo y no es responsabilidad de quien procedió en el contrato que se realizó; este juzgador considera que del relato fáctico fijado por los tribunales que antecedieron, se desprende que efectivamente se ha configurado un ilícito penal, en el que existe un acto penalmente relevante por el cual fue juzgado el procesado, por lo que apreciar si el acto cometido bajo engaño fue no u riesgo propio, es cambiar dicho hecho, pues aquello recae en la prohibición expresa constante en el inciso segundo del artículo 656 del COIP, por el cual no se puede alterar el relato fáctico fijado por el tribunal de instancia. Por lo señalado se declara improcedente el presente reproche.
- Por último, en cuanto a aquello de que la sentencia de apelación únicamente hace un análisis para cambiar el elemento objetivo, pero no hace valoración de prueba, no hace la conexión debida entre el presupuesto fáctico y la aplicación de la norma pertinente para determinar la carencia del elemento de razonabilidad; añadiendo que aquello vuelve incomprensible el contenido de la sentencia.

Al respecto, de la lectura de la sentencia, se determina que al contrario de lo que sostiene el recurrente, el tribunal de apelación si realiza la conexión entre el relato fáctico fijado y el supuesto de derecho, lo cual consta en el considerando 5.2, 5.3 y 5.4 (fs.13 y 14 vta.), en donde el juzgador razona paso a paso, lo probado y lo que aquello constituye dentro del tipo penal, llegando a la conclusión de que la estafa se configura al omitir, el recurrente, hechos verdaderos que influyeron en la decisión del negocio -como que el bien inmueble no tenía los permisos de explotación minera-, lo cual quedó fijado como el relato factico.

En tal sentido, el reproche acusado no consta demostrado, por lo que no se reconoce que el razonamiento sea inmotivado.

QUINTO

5.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo 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 tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve por unanimidad:

5.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Luis Alejandro Díaz Sánchez; al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que deba ser corregido de acuerdo a la facultad oficiosa que tiene este Tribunal.

5.2.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

f) Dr. Luis Antonio Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *09266-2018-00198*
Resolución Nro. *716-2021*
Fecha**:** *lunes 30 de agosto del 2021, las 12h00*

TEMA: Naturaleza fáctica de las circunstancias atenuantes.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de LYMAR OLEKSSI, por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, contemplado en el artículo 220 numeral 1, literal c), del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que la ex pareja del procesado presenta una denuncia por tentativa de asesinato, señalando que aquel acudió en la madrugada a su casa con un arma de fuego y, luego de golpearla, se dio a la fuga. Dentro de la investigación, se inicia la búsqueda del procesado, se lo aprehende en la calle y se lo lleva a su propio domicilio, en dónde se encontró un dispositivo con características de libertad condicional (grillete) y cocaína.

En el presente caso, se discute cuál es el momento procesal oportuno para analizar la naturaleza fáctica de las circunstancias atenuantes.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil determina que se ha comprobado la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, pues existe ánimo de traficar, en virtud de que la sustancia encontrada en el domicilio del procesado supera la cantidad permitida y determinada en la tabla del CONSEP, la cual no se justifica para consumo personal.

En virtud de aquello, el tribunal dicta sentencia condenatoria contra el procesado, imponiéndole la pena de privación de libertad de siete años, sin atenuantes, por no haberlas justificado suficientemente, más el pago de una multa.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas analiza el recurso de apelación interpuesto por el procesado, cuyo argumento principal recae sobre las atenuantes justificadas que no fueron tomadas en consideración en primera instancia, señalando que colaboró con la autoridad al reconocer que el alcaloide era suyo y que era consumidor.

La Sala determina que en el presente caso se ha demostrado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, pues de las pruebas practicadas no se encuentran justificadas las atenuantes, por lo que la pena impuesta por el tribunal a quo no rebasa el mínimo ni el máximo que se contempla para el tipo penal. Por consiguiente, la Sala resuelve rechazar el recurso de apelación y confirmar en todas sus partes la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09266-2018-00198

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, lunes 30 de agosto del 2021, las 12h00.
VISTOS:
I. ANTECEDENTES
1.1 Antecedentes procesales.
El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, en sentencia de 20 de marzo de 2019, las 10h56, declaró a Lymar Olekssi autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220.1.c) del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de siete años y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. De esta decisión, el procesado presentó recurso de apelación.
La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019, las 08h07, rechazó el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes el fallo subido en grado.
El acusado, presentó oportunamente su recurso de casación.
1.2.- Hechos acusados y hechos probados
Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados a la persona procesada son:

> […]4.1) ANTECEDENTES: En audiencia de juzgamiento, como teoría del caso, la representante de fiscalía alegó lo siguiente: "Me encuentro para resolver la situación jurídica del ucraniano Lymar Olekssi por el delito de Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización puesto a mi conocimiento por memorándum del 26 de diciembre del 2018 por cuanto el compañero titular está en otra audiencia. Indica los antecedentes que la noticia críminis llega a conocimiento de la Fiscalía por el parte Policial de fecha 8 de abril del 2018, a las 05h00, siete agentes aprehensores de DINASED Juan Diego Enrique Nacimba, Moscoso Cevallos Cristhian, Danny Fernando Flores Silva, Raúl Castro Macías, Luis Bayas Carey, Eduardo Paris Burgos y Cristófer Michel Gutiérrez indican que de servicio como turno se acercó en la Florida Elena Lominovus con pasaporte AE7358939 quien presenta denuncia en contra de Lymar Olekssi por tentativa de asesinato que había llegado el sábado 7 de abril del 2018 a las tres de la mañana en La Alborada donde ha procedido a sacar un arma de fuego de sus prendas de vestir y ha procedido a golpearla en la región frontal dándose a la fuga manifestando te voy a matar a toda la gente huyendo con rumbo desconocido. Logrando la detención del ucraniano poseedor de grillete del Ministerio de Justicia; se comunicaron con la Ing. Sofía Vaca quien facilita la información de Lymar Olekssi vive en la Urbanización La Joya, etapa Diamante, manzana 11 villa 29. En el lugar garita de ingreso se acercaba el procesado quien se dio a la fuga lográndose su detención en el redondel de la urbanización con el celular marca Samsung color blanco con IMEI 895930100070263054, modelo SMG900M de chip de Claro, una balanza Camry EHA501 color gris; acto seguido con la finalidad de ubicar arma de fuego con la autorización de la Fiscal de Daule al 0994033851, manifestándole que ingresaríamos al domicilio de Lymar Olekssi. Al ingresar se encontró el dispositivo con características de libertad condicional, cargador de grillete con cable abastecimientos de energía celular tipo table, Samsung, celular móvil, celular Nokia, y en la segunda planta sustancia estupefaciente rocosa que dio positivo para cocaína con peso 107.2 gramos y como peso neto 101 gramos, caja Winchester con 25 cartuchos calibre 22 cinco papel soporte evidencia ingresada bajo cadena de custodia de fecha 8 de abril del 2018. La audiencia de flagrancia y formulación de cargos 8 de abril del 2018, a las 08h10 y luego la audiencia de la evaluación y preparatoria de juicio." […]. [Sic]

El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria que es su facultad, por decisión de mayoría, concluyó:

> 5.4) Ante esto, la Sala de lo manifestado en la audiencia de sustentación de recurso, y de la revisión del cuaderno procesal, aprecia lo siguiente: referente a la materialidad de la infracción y responsabilidad penal, no ha sido tema de discusión, por lo que, de las pruebas de fiscalía se encuentra el Testimonio del Pol. Luis Fernando Bayas Carey, (parte de aprehensión), quien manifestó que una ciudadana extranjera de nombre Elena Lominovus le indicó que su ex pareja había llegado en la madrugada cuando estaba afuera de su domicilio fumando cigarrillo, que se acerca y la ataca con cuchillo, que este ciudadano tenía puesto un grillete de seguridad. Por lo que, mediante esa situación, coordinó con la oficina de análisis que hizo coordinaciones que daba con el grillete en La Joya, etapa Diamante, es decir, donde vivía el señor Lymar Oleksii, que hicieron vigilancia en el punto con el denunciante, observando a un ciudadano con característica que la señora les había dado, que el procesado se percata de la vigilancia policial cuando trataba de cruzar, y comienza a correr por el redondel, realizó persecución en vehículo, y que trató de darse a la fuga, y a pie lograron la detención del ciudadano Lymar Oleksii, que lo revisaron y no portaba grillete, se acercaron hasta el domicilio y por la ventana que al lado derecho de la casa pudieron visualizar el grillete que se encontraba sobre un modular que estaba un equipo y parlantes de sonido. Por lo cual coordinó con oficina de análisis para que se realice el procedimiento, coordinó con fiscalía para que se ingrese al domicilio, que llegaron hasta el segundo piso y en uno de los dormitorios visualizó una serie de utensilios, una plancha, una bandeja metálica y otra serie de implementos y esta contenía una sustancia blanquecina se presumía sustancia, por lo que llamó a criminalística y realizaron fijación y sustancia para análisis, resultando positivo para COCAÍNA, que al ingresar al domicilio no se encontró el arma de fuego que les indicó la denunciante, pero que si se encontró la sustancia; siendo concordante con el Testimonio de Pol. Danny Fernando Flores Silva, (parte de aprehensión), quien también refirió que la señora Elena Lominovus se encontraba en su domicilio y que el señor Lymar Oleksii se había acercado para agredirla, que les indicó que el procesado le había agredido en la parte frontal de su cabeza con arma de fuego, lo cual había causado varias heridas en su cabeza. Luego de lo cual había procedido esta persona a abandonar el lugar, y que pudieron conocer que Lymar Oleksii tenía medida cautelar, la obligación de llevar geodispositivo, por lo que, se comunicaron con el ECU y el Ministerio de Justicia, indicaron la ubicación exacta de Lymar Oleksii, domicilio ubicado en La Joya, etapa Diamante manzana 11 villa 29, que avanzaron al lugar y en las afueras del ingreso a esta urbanización pudieron observar a una persona con similares caracterizarías que había descrito la señora Elena Lominovus, que el procesado salió en precipitada carrera, pero que los compañeros policías avanzaron y pudieron detenerlo. Que luego procedieron a ingresar al domicilio del señor Lymar Oleksii, que observaron en el interior del domicilio el dispositivo, porque al momento de la detención, el procesado no tenía el dispositivo en la pierna, que en la segunda planta del domicilio en un armario, encontraron una sustancia rocosa amarillenta a la cual con la unidad antinarcóticos se realizó prueba preliminar de campo, dando positivo para cocaína, en 102 gramos como peso bruto, y como peso neto 101 gramos, caja de municiones marca Winchester, color plomo con cartuchos calibre 22, pasaporte y demás documentos de personas; igualmente con el Testimonio del Pol. Raúl Giovanny Castro Macías (parte de aprehensión), quien dijo que en primera instancia el parte de aprehensión surgió por tentativa de asesinato por parte de Lymar Oleksii, ese fue el motivo para localizar al procesado Lymar Oleksii, que la denunciante Elena Lominovus les indicó que Lymar Oleksii tenía un grillete, por lo que, coordinó con el Ministerio de Justicia más antiguo las acciones para localizar la señal del grillete,

y daba señal en la Cdla. La Joya, etapa Diamante, manzana 11, villa 29 llegaron a la Ciudadela, se acercaron hasta el domicilio y vieron por la ventana un grillete que estaba cargando encima de un parlante, pero que no estaba Lymar Oleksii, que antes de esto, sus compañeros se percataron de Lymar Oleksii, y sale a precipitada carrera, fue neutralizado y los llevó a la vivienda para confirmar que él vivía en el domicilio, posterior dio conocimiento a la Fiscalía de turno, se comunicó el procedimiento y optó por ingresar al domicilio, en la parte alta sus compañeros el Sargento Bayas, encontró sustancia sujeta a fiscalización, en un closet, una bandeja metálica, plancha con sustancia blanquecina, por lo que llamó al personal de antinarcótico para que haga prueba de campo. Que la sustancia encontraron donde vive el procesado Lymar Oleksii, también encontraron una maleta con unos documentos y ropa de una señorita y prendas de vestir; asimismo, con el Testimonio del Pol. Eduardo Javier Páez Burgos (parte de aprehensión), quien indicó que el día de los hechos se encontraba en el cuartel de la Florida, siendo llamado para que colabore con una tentativa de asesinato a una señorita de nacionalidad extranjera, en el lugar se tomó contacto con dicha ciudadana manifestando que su ex pareja la había golpeado fuertemente con un arma de fuego a tal punto que pudo observar vendajes en su cabeza y sangraba por los oídos, asimismo le manifestó que el procesado tenía un grillete, por lo que, coordinó con la oficina de la DINASED quienes coordinaron con el Ministerio de Justicia y le indicaron la ubicación del grillete, el mismo que daba en la urbanización la Joya, trasladándose hasta dicho sector y en las afueras de la urbanización la Joya logró la detención de Lymar Oleksii, procedieron al allanamiento del domicilio junto al fiscal de turno ya que se trataba de delito flagrante. El agente policial dijo que se había quedado en la parte de abajo del domicilio, encontrando el grillete en un parlante de música, y que el Sargento Bayas y el auxiliar, ingresaron en la parte de arriba donde encontraron la droga, una plancha para derretirla la droga y una olla para hacer el pesaje. Además, indicó que el procesado Lymar Oleksii les manifestó que era consumidor; consecuentemente, con el Testimonio del Pol. Cristopher Michael Gutiérrez Pérez (parte de aprehensión), quien señaló que la denunciante les manifestó que el procesado Lymar Oleksii poseía grillete electrónico, por lo que, los agentes policiales indicaron el procedimiento para que realice coordinaciones del Ministerio de Justicia, para verifique el dato del grillete, una vez que les dieron la ubicación y datos, se trasladaron a la urbanización La Joya, etapa Diamante, vieron que un ciudadano se acercaba y que al tratar de identificar al ciudadano comenzó a correr, y más adelante capturó al ciudadano Lymar Oleksii, que se dio a conocer novedades a la fiscal y en el relato de la víctima se indicó un arma de fuego, dieron a conocer a la fiscalía y procedieron al allanamiento del domicilio, donde encontró la evidencia que consta en el parte, y que fiscalía indicó parte por la tentativa y sustancia que se encontró en la segunda planta del domicilio, en una habitación, en una olla la sustancia rocosa, color crema y rosado, que en el examen de campo determinó que era cocaína. Que la dirección y datos que les proporcionó el Ministerio de Justicia y el procesado, el domicilio era donde residía; también con el Testimonio del perito químico, Ing. Gonzalo Enrique Almeida Murillo, se llegó a establecer que el tipo de alcaloide encontrado contenía CLORHIDRATO DE COCAÍNA; y con el Testimonio del Pol. Edwin Hipólito Mayanquero Erazo (cadena de custodia y verificación, pesaje y toma de muetras), mediante cadena de custodia recibió unas evidencias obtenida en la detención de Lymar Oleksii, señalando que fueron fundas plásticas transparente, sustancia rocosa amarillenta. Constituidos realizaron la verificación y pesaje a la sustancia rocosa amarillenta y practicada la prueba de campo resultado preliminar dio positivo a COCAÍNA, con 107.2 gramos como peso bruto, 101 GRAMOS COMO PESO NETO, envoltura 6.2 gramos; siendo concordante con el Testimonio

del Pol. Holger Eduardo Encarnación Eras, (acta de pesaje y toma de muestras), donde indica que dicha droga mediante la respectiva prueba preliminar dio Positivo para COCAÍNA con un peso bruto de 107 gramos y como PESO NETO 101 GRAMOS; con el Testimonio del Pol. Daniel Armando Nacimba Caizatoa referente al reconocimiento del lugar de los hechos y objetos encontrados en el lugar de los hechos, refirió que el lugar de los hechos se encuentra en vía a Daule en la urbanización La Joya, etapa Diamante, manzana 11, villa 29, distrito Daule, subcircuito Juan Bautista Aguirre 2, que llegó a la conclusión que el lugar de los hechos existe, que se trata de una escena cerrada. Que realizó fijación de un dispositivo celular, Tablet, celular Samsung 350, móvil K103, celular Nokia y un grillete y fijar cinco pasaporte y 25 cartuchos calibre 22 short; por lo que, esta Sala Especializada Penal, considera que con las pruebas practicadas por fiscalía, ha quedado demostrado que en el interior de la vivienda ubicada en vía a Daule en la urbanización La Joya, etapa Diamante, manzana 11, villa 29, distrito Daule, subcircuito Juan Bautista Aguirre 2, se encontró Clorhidrato de Cocaína, con 101 gramos como peso neto, inmueble en el que habitaba el procesado. 5.5) Como prueba de descargo, compareció a rendir testimonio Rosa Isabel Piña Morán, refirió trabaja con la señora Janet Gálvez, que ella es su jefa, y que en la casa de su jefa conoció al procesado Lymar Oleksii. Que cinco personas viven en la Joya, etapa Diamante, manzana 11, villa 29, pero que ahí no vive el procesado, que él solo llegaba a veces. Que el día de los hechos la testigo llegó al domicilio a las siete y media y vio que se encontraba llorando su jefa Janet Gálvez, que le pregunté: "disculpe, por qué llora". le dijo: "Lo que pasa a Lymar lo llevaron detenido, encontraron droga", y que la otra doméstica Carmen Carrión Dumes se desmayó, por lo que la testigo la llevó a Portete y Lizardo García, e indicó que Carmen Carrión Dumes le confesó que la droga era de ella, ya que era consumidora. Asimismo dijo que nunca se dio cuenta que Lymar Oleksii utilizaba grillete porque siempre llevaba pantalón largo, que el procesado no vive en La Joya, etapa Diamante, manzana 11, villa 29; Testimonio de la Ing. Ingrid Karina Bonille Albarracín, manifestó que el señor Lymar Oleksii el 19 de enero del 2016, le alquiló departamento que tenía desocupado por medio de un señora conocida como doctora, que al procesado Lymar Oleksii se lo ve persona honesta y que no puede decir otra cosa, que hasta el mes de abril vivió ahí, peor que desde que surgió este problema, habló con la señora y le dijo que no quería problemas que le haga el favor de desocupar el cuarto, por lo que, la señora se llevó las cosas de Lymar Oleksii; de conformidad con las reglas del artículo 507 del Código Orgánico Integral Penal, se receptó el Testimonio de Lymar Oleksii (procesado), respecto al hecho por el cual se le imputa, dijo, que cien por ciento la droga no era de él, que de la casa de la Joya no tiene llaves, que el grillete lo dejó en la casa porque salió hacer deporte, que todo pasó por celos de su ex pareja Elena Lominovus, que no la golpeó con nada, que ella se golpeó con un vaso, que ella lo engañó. Que en esa casa no tenía nada, pero que dormía en la Joya, abajo en la sala por donde está el televisor. Sin embargo, para este Tribunal de Alzada, estos testimonios no logran tener un grado de credibilidad, por cuanto son evidentes las circunstancias en la que fue privado de libertad Lymar Oleksii, logrando su ubicación por medio del grillete, siendo localizado en la urbanización la Joya, etapa Diamante, lugar donde se encontró la sustancia sujeta a fiscalización, el procesado al observar la presencia policial comenzó a correr, y más adelante fue capturado, no hay constancia procesal de que él no vivía en ese domicilio, además, del testimonios de los agentes aprehensores se obtuvo que en la segunda planta del domicilio, en un armario, encontraron la sustancia rocosa amarillenta, y de la prueba preliminar de campo, dando positivo para clorhidrato de cocaína, con peso neto 101 gramos; por lo que, las afirmaciones expresadas debieron estar apoyadas en otros medios probatorios, lo que no

ha ocurrido en este caso en concreto. No obstante, de la prueba actuada en audiencia de juzgamiento por la Fiscalía, se logró enervar el estado de inocencia del procesado LYMAR OLEKSI, garantizado en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: "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: 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. (…)".Esta Sala, considera que en el presente caso se ha demostrado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado LYMAR OLEKSI, que señala el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, "La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.". Es necesario señalar que en audiencia no ha sido tema de discusión la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado recurrente, ya que las alegaciones realizadas por parte de la defensa del procesado Lymar Oleksii, se circunscribe, acerca que su defendido tiene justificada atenuantes, la cuales no han sido consideradas por el Tribunal A quo, que colaboró con la autoridad, que Lymar Oleksii indicó que el alcaloide era de él, que es consumidor, adicto, por lo que se debe tomar en cuenta el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: "Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco."; al respecto, este Tribunal de Alzada en el análisis del testimonio del procesado Lymar Oleksii observa que manifestó que la droga cien por ciento no es de él, en ninguna parte de su testimonio se aprecia que haya indicado que es una persona con problemas de adicción, ya que él niega que la droga es de él, por lo que, no se puede considerar que el procesado Lymar Oleksii es una persona con problemas de adicción, además estas alegaciones deben estar fundamentadas con las pericias pertinentes y con los testimonios de quienes realizan esas pericias, como por ejemplo: exámenes toxicológicos, psicosomáticos, esto es para determinar que se trata de una persona con problemas de adicción, además, se observa que en su testimonio reconoce que tenía un grillete, y que se lo había retirado para hacer deporte. También refirió la defensa del procesado Lymar Oleksii, que se debe aplicar el principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho l debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (…)", solicitando que se le imponga la pena de cinco años y no de siete años, ya que se le ha impuesto la pena máxima que rige el artículo 220 numeral 1 literal c) del Código Orgánico Integral Penal; referente a esta alegación, esta Sala Especializada Penal, considera que el Tribunal A quo actuó dentro de sus facultades, no ha excedido una pena no establecida dentro del mínimo y el máximo que contempla el tipo penal establecido en el artículo 220 numeral 1 literal c) de la ley penal en vigencia, al respecto el El Dr. José García Falconí en su artículo monográfico titulado "La proporcionalidad o dosimetría de las penas", publicado en la revista Jurídica de fecha 14 de marzo de 2011, comenta respecto al referido principio lo siguiente:

"El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales; la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal (…) El 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, pero es el Juez o Tribunal de Garantías Penales, el garante del equilibrio que se mantenga pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos…", por lo que, de las pruebas practicadas no se encuentran justificadas las atenuantes que señala el artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: "Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: 1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes. 2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia. 3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora. 4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima. 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento. 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.", o el artículo 46 ibídem, que indica: "A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.", asimismo la atenuante trascendental que señala el artículo 46 ibídem que señala: "Atenuante trascendental.-A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción". [Sic]

1.3. Decisión de admisibilidad del recurso.

En auto de 25 de agosto del 2020, las 09h40, el Tribunal de Casación admitió el recurso de casación del procesado Lymar Oleksii el cargo de errónea interpretación de los numerales 5 y 6 del artículo 45 del COIP y del artículo 46 ibídem.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia

La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En virtud del resorteo de 24 de marzo de 2021, correspondió conocer la causa a la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente; el abogado Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional; y el doctor Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (e), en reemplazo del doctor Iván Saquicela Rodas, actual Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

2.2. Validez procesal

El régimen legal aplicable a la causal es el del COIP, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradicción. El

recurso de casación fue tramitado en respeto de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y a los artículos 656 y 657 COIP. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del recurso de casación que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

En consecuencia, el recurso es válido y así se lo declara.

2.3. Alegaciones de los sujetos procesales

a. Fundamentación del recurso de casación.- el procesado recurrente, Lymar Oleksii, a través de su defensor particular, doctor Cesar Wilfrido Sagñay Pataron , en lo principal expresó:

- Impugna la sentencia de apelación dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, por errónea interpretación en los numerales 5 y 6 del artículo 45 y el artículo 46 COIP, que refieren a las circunstancias atenuantes que resultan aplicables en el presente caso.
- El error se encuentra en el acápite 5.5 de la sentencia, y por este se excede ilegalmente en la cuantía de la pena.
- No se discute la materialidad de la infracción ni la responsabilidad.
- En apelación se reclamó que sí se tienen justificadas las atenuantes pero que estas no fueron consideradas por el Tribunal a quo.
- El procesado Lymar Olekssi, indicó que el alcaloide era de él, que es consumidor, adicto, por lo que se debía tomar en cuenta el artículo 364 de la Constitución de la República. Pero la Corte de Apelaciones rechazó su pedido.
- El artículo 13 COIP, establece que la interpretación debe ser literal y restrictiva, sin ampliar el sentido del texto de la ley. Prohíbe la interpretación analógica y extensiva.
- La errónea interpretación se da porque los jueces de la Corte de Apelación consideran que se debe acreditar las atenuantes, y que cada postulado del artículo 45 numeral 5 y 6 y 46 del COIP sean justificadas pese a que el Código Orgánico Integral Penal no ha previsto esta situación, lo que es una interpretación extensiva y permitió no aplicar las atenuantes reclamadas.
- Para ejemplificar su criterio, dice que si la infracción fue cometida con la participación de dos o más personas el Tribunal A quo advertirá la existencia de la agravante y deberá aplicarlo. No se requiere acreditar las circunstancias atenuantes o agravantes porque estas operan ipso iure.
- El casacionista Lymar Oleksii jamás trato de eludir la acción por fuga u ocultamiento, ya que la droga fue encontrada al interior de su domicilio y aprehendido en delito flagrante. Colaboró eficazmente con las autoridades de la investigación de la infracción.
- No existen agravantes en contra del casacionista, la sentencia impugnada no registra ninguna circunstancia agravante o constitutiva de la infracción, por tanto, no podía operar la pena máxima de siete años en este caso.
- La tenencia de estupefacientes para el consumo personal encontrado al interior del domicilio resulta un caso carente de un supuesto especial que agrave la acción.
- Si se hubiese interpretado correctamente, restrictivamente, hubiese aceptado el recurso de apelación imponiendo la pena de cinco años, este método reduce a menores límites a favor del reo lo cual no ocurre en el presente caso.
- Como efecto del error se ha vulnerado el articulo 76.5 CRE, "En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora."
- El profesor doctor Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Penal Procesal tomo numero 10 pagina 149, expresa que es procedente que se case la sentencia si el Tribunal Ad-quem ha desechado las circunstancias atenuantes, se trata de una errónea interpretación de una ley penal que le hace procedente en el recurso de casación.
- Solicita que se acepte el recurso de casación, se corrija la interpretación extensiva y se aplique la pena de cinco años de conformidad con el artículo 76.5 CRE.

b. Contradicción al recurso de casación.- la delegada de la Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés Cevallos, contestó:

- El articulo 5.11 COIP establece que el sistema y proceso penal se desarrolla bajo el principio oral, lo que no ha cumplido la defensa del procesado al dar lectura de sus argumentos.
- Cuando se habla de la errónea interpretación, se quiere decir que las normas de los artículos 45.5.6 y 46 COIP son las normas correctas, pero se han rebasado los efectos previstos por el legislador.

- En la causa 1323-2014 se estableció que la errónea interpretación es atribuible a un error hermenéutico que sólo se presenta cuando el juzgador selecciona la norma correcta pero le atribuye un significado diferente, cuando se aplica la norma y se reduce el ámbito de aplicación de la misma o, cuando se desentraña el significado intelectual del juzgador para analizar la norma y orientar a derivaciones que limitan o rebasan el ámbito propiamente del espíritu legal.
- Lo único que encuentra es un deseo de que se reduzca una pena.
- Es una sentencia que viene con doble conforme de condena y segundo, en este caso no existió ninguna violación a los artículos 45 y 46 del Código Orgánico Integral Penal, y ya se solicitó en Apelación la aplicación de estas normas y fue negado motivadamente.
- Además, se pretende cambiar la verdad de los hechos, el señor Lymar en su declaración en su testimonio deja claro que no es consumidor, que esa droga no es de él, que él no conoce nada de esa droga, y ahora el abogado dice todo lo contrario.
- En las páginas 30 y 31 de la sentencia la Sala ha hecho un análisis claro y determinado sobre el nexo causal entre la materialidad y responsabilidad del procesado, en este caso ha establecido claramente lo dicho por el procesado Lymar Oleksii quien señala que no es consumidor y los jueces fijan que trató de fugar al momento que fue detenido, esa es una circunstancia agravante del hecho que debió haberse calificada en su momento.
- El señor Lymar Oleksii tenía un proceso anterior por delito de tenencia de armas por el cual tenía grillete electrónico y este por tenencia de drogas y de acuerdo a lo que establece el COIP, al momento de aplicar la pena señala en el artículo 54 que el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, no se encuentra que exista alguna fundamentación que pueda establecer la modificación de la pena.
- No se ha podio fundamentar el recurso de casación
- Solicita se deseche el recurso interpuesto y se ratifique las condenas que de doble conforme mantienen la pena de siete años para el señor Lymar Oleksii.

c. Réplica.- la defensa del procesado, manifestó:

- La Fiscalía únicamente se ha limitado a los hechos que no le corresponde en el presente caso, fui claro en la exposición que existe la errónea interpretación.
- La Corte de apelación consideró que debe acreditar la circunstancias atenuantes, cuando esas circunstancias operan ipso iure, también le he indicado cuál era el método que debió aplicar la Corte de Apelación y fui muy claro que debió recurrir la interpretación restrictiva.
- Se ha referido a un grillete, eso fue por una supuesta denuncia de agresión en contra de su ex cónyuge es la que denunció y por eso los agentes de DINASED fueron a su domicilio y al verificar lo encuentran la droga y fue detenido en ese instante de tal manera no se ha pretendido fugar.

2.4. Delimitación de la materia del recurso de casación

Como se explicó en el auto de admisión, el recurso de casación al ser técnico y limitado exige la presentación de cargos encaminándolos en una de las causales de casación previstas en el artículo 656 COIP, sin incurrir en pedidos de valoración de prueba y revisión de hechos prohibidos por el segundo inciso de la misma norma cuya consecuencia es la inadmisión del recurso.

De conformidad con el artículo 657.2 COIP, o se convoca a audiencia o se inadmite el recurso en virtud de si se cumple en el pedido del recurso con la prohibición referida. Asimismo, ya en la fundamentación de los cargos admitidos, se puede incurrir también en pedidos de valoración de prueba y revisión de hecho que no se realizaron en la petición inicial, que tienen el mismo efecto, esto es el rechazo de esos reclamos.

El recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

La defensa técnica del ciudadano Lymar Oleksii, fundamentó el cargo de los numerales 5 y 6 del

artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal, y del artículo 46 ibídem; en que la Corte de Apelaciones no habría aplicado las atenuantes al haber realizado una interpretación extensiva de las normas en lugar de una literal, que es la que ordena el artículo 13 del COIP, y como consecuencia, la pena resultaría desproporcionada.

Es evidente que el cargo planteado parte de la inconformidad del recurrente con la no aplicación de mecanismos de atenuación de la pena. Es decir, se sustenta en un error de omisión, no de interpretación. Verificándose una grave confusión en la defensa técnica en cuanto a la naturaleza de las causales invocadas. Pues, a pesar del error producto de esta confusión, cabría casación de oficio si del análisis de la sentencia se verifica otra causal de casación respecto de otra norma, que no fueron planteadas o fundamentadas correctamente por el recurrente.

En relación a la causal invocada, únicamente se ha reclamado que bajo una correcta interpretación (literal) de las normas que prevén a las circunstancias atenuantes, no se puede exigir que estas sean acreditadas, sino que operan *ipso iure*. Para dar respuesta a tal inquietud, corresponde, por tanto, establecer la naturaleza de las circunstancias atenuantes para dar la respuesta al siguiente problema jurídico: ¿las circunstancias atenutantes se deben acreditar/demostrar o se aplican sin necesidad de confirmación probatoria?

Asimismo, si bien en el escrito no solicitó revisión de hechos, en la fundamentación oral del recurso exige que se apliquen circunstancias atenuantes para disminuir el quantum de la pena; es decir, expresamente solicita que se consideren "acreditadas" circunstancias fácticas que fueron expresa y razonadamente excluidas por el Tribunal *ad quem*, pues fue el mismo recurrente el que dio lectura precisamente a la parte de la sentencia en donde el órgano juzgador expresa las razones por las que considera que las circunstancias de hecho previstas en las atenuantes no se han demostrado.

Entonces, se han excluido expresamente del relato fáctico fijado los hechos previstos en las normas de atenuantes. Con lo que, al pedir que se consideren demostrados, se está exigiendo que se altere el relato fáctico, agregando hechos excluidos por los juzgadores de instancia, con lo que se pretende inducir a este Tribunal de Casación en un ejercicio de revisión, que está prohibido por el segundo inciso del artículo 656 COIP, que provoca el rechazo directo de tales reclamos, y no pueden ser materia del análisis del recuros de casación.

Respecto de los otros argumentos formulados, no se hace referencia ni pretenden el análisis de pruebas o de revisión de hechos. Y pueden ser analizados por este Tribunal.

En consecuencia, para la resolución del recurso de casación presentado y dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, se desarrollan los siguientes puntos.

1. Las causales de errónea interpretación y contravención expresa.
2. La naturaleza de las circunstancias atenuantes.

2.4.1. Las causales de errónea interpretación y contravención expresa.

De los reclamos del recurrente se desprende con claridad que exige que se apliquen los mecanismos de atenuación de la pena, y se reduzca el quantum de la misma. Al respecto, se encuentran los dos primeros errores técnicos en cuanto a la proposición del cargo.

La causal de errónea interpretación

En primer lugar, a través de la causal de errónea interpretación reclama la omisión de un mecanismo legal de atenuación punitiva, en otras palabras, su inconformidad subyace sobre un error de omisión legal que equivale a la causal de contravención expresa del texto de la norma, lo que refleja una confusión en cuanto a lo que consiste cada una de estas circunstancias. La causal de contravención expresa del texto de la norma no fue invocada por el recurrente en su escrito ni en su fundamentación oral.

Por la modalidad específica de cada causal, estas no pueden presentarse en todas las normas.

La errónea interpretación, se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

La errónea interpretación implica siempre que quien la reclama está de acuerdo con la selección de la norma aplicada, es decir ha sido utilizada como fuente en la respuesta judicial, pero se considera que la consecuencia jurídica que le asignó el juez sobrepasa o limita indebidamente los efectos previstos por el legislador para esa norma

determinada. De ahí que no se puede reclamar la omisión de la consecuencia jurídica de una norma alegando que esta ha sido mal interpretada, pues lo que se reclama es un error de omisión, no uno de interpretación.

Por lo tanto, para alegar la errónea interpretación se debe identificar cuál es la norma que fue aplicada por los juzgadores, para demostrar que la misma sustentó la decisión impugnada, el mecanismo más elemental es señalar el razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia donde se selecciona y aplica la norma erróneamente interpretada. Con este paso se excluye al error de omisión y se evita confusión respecto de la causal de contravención expresa.

Y, para excluir el error de selección y evitar confusión respecto de la causal de indebida aplicación, se debe razonar por qué la norma que se alega es pertinente para la resolución del caso concreto. Con estos pasos, se determina efectivamente que se reclama un error de interpretación y se salva una proposición técnicamente contradictoria.

Finalmente, para la argumentación lógica del error de interpretación, una vez que se ha determinado que la norma que se alega violada fue aplicada en la decisión y fue correctamente seleccionada, corresponde al recurrente demostrar que la consecuencia jurídica ha producido efectos distintos a los previstos por el legislador.

Por lo tanto, para demostrar un error de derecho de carácter hermenéutico, se debe tener claro cuál es la interpretación conforme a derecho. Para esto, se debe recurrir a las reglas que para el efecto contiene el ordenamiento jurídico, que como garantía del derecho a la seguridad jurídica, está previamente establecidas en la Constitución y la ley.

La Constitución establece principios interpretativos como estándares mínimos para garantizar derechos, que permiten decidir o guiar el ejercicio hermenéutico por parte de los jueces:

> **Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
> […]
> 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de **directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público**, administrativo o **judicial**, de oficio o a petición de parte.
> Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales **no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley**.
> Los derechos serán plenamente justiciables. **No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento**, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
> 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**.
> 6. **Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía**.
> […]
> 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.
> […]
> **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:
> […]
> 5. En **caso de conflicto entre dos leyes** de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, **se aplicará la menos rigurosa**, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. **En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones**, se la aplicará en el **sentido más favorable a la persona infractora**.
> […]

Las normas citadas proveen a los jueces principios de interpretación y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico, que son:

1. Aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías reconocidos en la CRE y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sin exigir condiciones o requisitos que no estés expresamente previstos en la ley.

2. No restricción del contenido de derechos, por parte de normas jurídicas.
3. Interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos.
4. Los derechos son inalienables, irrenunciables y de igual jerarquía.
5. El contenido de los derechos se desarrolla de manera regresiva también a través de la jurisprudencia.
6. En caso de duda entre la aplicación dos leyes se debe aplicar la menor rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.
7. En caso de duda sobre la interpretación de una norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Estos principios constituyen criterios de decisión que permiten al juez obtener la respuesta jurídica que más se apegue a la Constitución para la resolución del caso concreto.

En la ley, en materia penal, de conformidad con el artículo 13 COIP, las reglas de interpretación son:

> **Art. 13.- Interpretación.-** Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:
>
> 1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
>
> 2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
>
> 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

Por regla general la interpretación de las normas en materia penal debe realizarse en el sentido que más se ajuste a la Constitución e instrumentos internacionales (lo que se cumple aplicando y respetando los principios revisados en párrafos anteriores).

La primera regla no excluye a la segunda, por el contrario, la contiene al establecer que la interpretación es estricta y respetando el sentido literal de las normas, respecto de tipos penales y sanciones, lo que guarda relación con el principio de legalidad estricta en cuanto infracciones y sanciones (Art. 76.3 y 77.1 CRE). Por tanto, la interpretación estricta en el sentido literal es la única forma de interpretación que se ajusta a la Constitución o instrumentos internacionales. Una interpretación no literal, es decir, que sea extensiva o provoque inseguridad sobre el alcance de este tipo de normas, vulnera a los derechos a la defensa (al impedir conocer con seguridad los cargos que le imputan) y seguridad jurídica (no se puede tener certeza o previsibilidad sobre la interpretación de las normas) y en consecuencia no cumple con los principios constitucionales ya revisados.

Finalmente, la tercera regla es expresión de la primera y la segunda, la prohibición del empleo de analogías para ampliar los límites legales de la aplicación de sanciones o medidas cautelares, constituye una expresión racional de la interpretación literal estricta de tipos penales y sanciones; y, la prohibición para establecer excepciones o restricciones de derechos también resulta una expresión racional de la interpretación que más se ajuste a la constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, que debe ser siempre progresiva.

La exposición de los razonamientos judicial sobre sobre la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de acuerdo a estos criterios, se complementa con el deber de motivación (artículo 76.7.l CRE), para explicitar la forma en que la administración de justicia emplea al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia (art. 169 CRE) y así garantizar también el derecho a la tutela judicial efectiva.

Estos principios que son obligatorios en todos los casos, exigen expresar el razonamiento o criterio interpretativo de manera que las partes procesales, la sociedad y otros jueces, comprendan, impugnen y revisan cómo se habrían respetado estos criterios y por tanto la forma en la que se garantizó los derechos reconocidos en la constitución y los instrumentos internacionales para la determinación de la respuesta judicial.

Además, a través del sistema de impugnación de las decisiones judiciales por interposición de los recursos previstos en la ley, en caso de error se enmiendan los criterios de interpretación y aplicación de las normas por parte de los Tribunales superiores en grado. Incluso a través de recursos de casación o acciones extraordinarias de protección (pues hablamos de decisiones judiciales) se unifican los criterios jurisprudenciales (que son por su naturaleza criterios interpretativos) o se emiten con carácter de vinculante de manera que se van concretizando a través de la resolución de cada caso.

Estos criterios de los máximos órganos de justicia constitucional y ordinaria, también constituyen herramientas de interpretación que guían a las decisiones de los jueces de instancia.

Finalmente, los jueces están sometidos a los criterios precedentes que ellos mismos han emitido en otros casos similares respecto de la aplicación o interpretación de una norma determinada, este principio del *stare decisis* (o estar a lo decidido) tiene su fundamento en los derechos a la seguridad jurídica (una decisión antecedente permite conocer con seguridad el criterio del juzgador respecto de la interpretación de una norma y predecir de qué forma sería aplicada a un caso similar) y a la igualdad (resulta ilegítimo que un juez interprete de manera distinta y de efectos diferentes a una norma sobre hechos similares).

Por lo tanto una interpretación conforme a derecho es aquella que no contraviene ninguno de estos principios, reglas o criterios antecedentes de interpretación. En consecuencia, una errónea interpretación será aquella en la que se ha incumplido alguno de ellos.

Para determinar cuál es el criterio que se considera errado, se debe tomar en cuenta que el proceso racional para la interpretación de las normas por parte del juzgador es diferente según el tipo de normas.

Por lo tanto, se debe determinar las normas sobre las cuales se puede presentar errónea interpretación:

a. Cuando la norma aplicada es clara y explícita respecto del contenido de la misma, es decir, ante una definición o una hipótesis-consecuencia que acepta una sola interpretación posible; o, ante tipos penales y penas, *la regla que corresponde es la interpretación literal*, pues es la que permite garantizar el derecho a la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Para la alegación de la causal de errónea interpretación ante este tipo de normas, se debe demostrar que el juzgador dio a los términos del legislador, un sentido inusual o distinto al que le corresponde semánticamente.

b. Cuando la norma aplicada es oscura o ambigua, no es posible la interpretación en el sentido literal.

La norma es oscura cuando resulta de difícil comprensión, producto de: la redacción no permite comprender con claridad la intención del legislador al establecer la norma; la redacción es ambigua, pudiendo obtenerse racionalmente más de una interpretación posible; cuando el legislador no empleó adecuadamente el lenguaje técnico jurídico propio de la materia que regula; o, cuando el sentido literal de la norma se opone a otra norma o algún derecho o principio reconocido en la constitución.

Ante este tipo de normas, corresponde aplicar la primera regla del artículo 13 COIP, la interpretación en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos; y, para alcanzar esto, el órgano juzgador debe remitirse a los principios interpretativos previstos en la misma Constitución, ya enunciados en esta sentencias.

Por lo tanto, la argumentación para reclamar la errónea interpretación en este tipo de normas tiene que estar dirigida a demostrar la omisión o afectación de un principio constitucional.

Además, ante oscuridad en las normas, el mismo ordenamiento jurídico prevé mecanismos para su disolución. Respecto de las leyes el artículo 180.6 establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia "*Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial*". El sistema de precedentes jurisprudenciales, también permite establecer criterios interpretativos vinculantes respecto a la aplicación de normas.

Asimismo, la Corte Constitucional del Ecuador, en el ejercicio de sus funciones emite criterios de interpretación y aplicación de normas para que sean excluidas del ordenamiento jurídico o puedan ser adecuadas a las disposiciones constitucionales.

Estos criterios son vinculantes. Si ya existe pronunciamiento respecto de una norma determinada por parte de estos órganos, estos deben ser aplicados por los jueces y se incurre en errónea interpretación cuando no son respetados. Correspondiendo a quien pretende alegar esta causal, demostrar que la interpretación realizada en la sentencia impugnada contradice al criterio vinculante de la Corte Nacional o la Corte Constitucional del Ecuador.

c. Cuando la norma no contiene una hipótesis concreta ni una disposición explícita sino que consiste, ya sea en una definición, o en un

mandato de que algo sea realizado en la mayor medida posible.

A este tipo de normas, corresponde también aplicar la regla del numeral 1 del artículo 13 COIP en los términos revisados en el literal anterior.

Cabe agregar que es un error técnico pretender sustentar una errónea interpretación en función de una falta de correspondencia entre lo que dice el juez y lo que ha establecido la doctrina.

La doctrina no es una fuente formal de respuestas judiciales, pues no tiene el carácter de general o vinculante; además, por su naturaleza, no brinda seguridad o certeza, pues si bien existen puntos coincidentes entre juristas, mayor es el número de los puntos en los que discrepan, pudiendo encontrar diversos criterios, incluso contradictorios para una misma circunstancia.

Por lo tanto, más allá del valor académico de la doctrina jurídica y como una potente herramienta de formación crítica, no puede ser considerada como criterio interpretativo vinculante en una decisión judicial, mucho menos como el sustento de la misma, al no brindar certeza o previsibilidad sobre la aplicación de una norma prevista en el ordenamiento jurídico.

En la presente causa, la defensa del recurrente no se ha fundamentado adecuadamente la causal pues ni siquiera ha identificado en qué parte de la sentencia se aplican las normas que alega erróneamente interpretadas, por el contrario, reclama que no han sido aplicadas que contradice a la circunstancia de la causa. Se solicita que se atenúe la pena, por cuanto considera que no se han considerado las atenuantes previstas en los numerales 5 y 6 del artículo 45 COIP.

Con lo que se está reclamando la omisión de normas, lo que excluye a la aceptación de que estas hayan sido aplicadas, que es el primer elemento técnico de la causal de errónea interpretación, y que es fundamental para el cumplimiento de los demás pasos de una adecuada argumentación de esta circunstancia.

Si bien ha invocado la regla de la interpretación literal para alegar que las atenuantes no requieren ser demostradas, se lo hace en relación a una norma que se considera omitida, y por tanto se está reclamando la contravención del mecanismo de atenuación, previsto en el artículo 44, norma ni causal que han sido invocadas.

Por lo tanto, aun cuando la exposición del recurso ha sido equivocada, en garantía del derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, este Tribunal considera necesario dar respuesta a las inquietudes que sustentaron el recurso, respecto de la omisión normativa y si las atenuantes requieren o no ser demostradas.

La causal de contravención expresa

Como ha expresado en varias causas esta Corte Nacional de Justicia, de manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

Contravenir, según el diccionario de la Real Academia Española, es "Obrar en contra de lo que está mandado"[1]; y, [de modo] expreso "Claro, patente, especificado"[2]. Por lo tanto, una contravención expresa debe entenderse como obrar en contra de lo que está específicamente mandado.

Son las violaciones a la ley la materia de análisis del recurso de casación, por lo tanto son susceptibles de ser vulneradas por *"contravención expresa del texto*", únicamente aquellas normas legales que en su texto prevén un mandato específico ante la verificación de un supuesto de hecho igual de específico. El mandato puede ser positivo, cuando ordena una actuación o efecto concreto; o, negativo, cuando prohíbe una circunstancia específica.

Si la orden o prohibición no es expresa, lógicamente, la contravención tampoco puede ser expresa. Como en el caso de normas que contienen únicamente una definición y no hay mandato en contra del cual se pueda obrar. O, como en el caso de mandatos de optimización, que no contienen disposiciones específicas sino que establecen una

[1] Diccionario de la RAE, recuperado de: https://www.rae.es/dpd/contravenir
[2] https://dle.rae.es/expreso

situación que debe ser alcanzada en la mayor medida posible y la respuesta al caso concreto se obtiene a través de la interpretación y argumentación (o la aplicación de un criterio interpretativo ya emitido sobre ese norma en un caso similar por las autoridades competentes).

Desde la perspectiva del objeto de análisis del recurso de casación, que es la sentencia de segunda instancia, la contravención expresa de la norma debió realizarse en el razonamiento judicial contenido en la decisión del Tribunal de Apelación.

Si bien pueden darse contravenciones expresas antes de la sentencia, respecto de normas de trámite, estas vulneraciones no son materia del recurso de casación al ser anteriores a su objeto de análisis, no constituyen cargos propios del control de legalidad de la decisión pues no atacan a los fundamentos de la misma.

Las contravenciones previas a la sentencia, corresponden al control de legalidad del trámite y, dependiendo de su adecuación a una de las causales del artículo 657.2 COIP, de verificarse que provocaron indefensión y son trascendentes (afectan a la decisión de la causa), su efecto es la nulidad procesal desde el vicio encontrado.

Con todo lo expuesto, para verificar la causal de contravención expresa en primer lugar se debe determinar la norma presuntamente omitida, identificando con claridad el presupuesto de hecho contenido en la norma, y la consecuencia jurídica de su verificación que es un mandato expreso, ya sea una orden o una prohibición específicas.

Posteriormente, se debe identificar la parte de la sentencia en donde el Tribunal de Apelación fija los hechos que guardan identidad con el presupuesto fáctico de la norma presuntamente omitida y la parte donde se omite la consecuencia jurídica.

Si el relato de los hechos no guarda identidad con el presupuesto fáctico de la norma, no existe contravención expresa, pues no se ha cumplido la condición para aplicar tal norma y su omisión por parte de los jueces no significa ilegalidad de la decisión.

Es más, si se verifica que el Tribunal de Apelación expresamente descartó del relato de los hechos los del presupuesto de la norma que se exige sea aplicada, se está incurriendo en un pedido de revisión de hechos, pues para aplicar la norma omitida se requeriría alterar los hechos fijados para considerar demostrados aquellos específicamente descartados.

Con lo expuesto, de los reclamos de la defensa del recurrente, se desprende que exige que se atenúe la pena impuesta, pues considera que sí se han demostrado las atenuantes. Como ya se ha mencionado varias veces, si bien no se ha invocado la norma, se está reclamando la omisión del artículo 44 COIP, que dice:

> Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.
>
> **Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio**, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.
>
> Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. [el énfasis añadido]

Esta es una norma que contiene mandatos específicos, y sí es susceptible de la causal de contravención expresa del texto de la ley. El presupuesto fáctico de esta norma es complejo, pues exige que se demuestren "al menos dos circunstancias atenuantes de la pena" y remite a los artículos 45 y 46, donde se definen qué circunstancias fácticas se consideran atenuantes.

El recurrente expresa que se han demostrado los numerales 5 y 6 del artículo 45 COIP, y del artículo 46 ibídem, que dicen:

> Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:
>
> […]
>
> 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.
>
> 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.

Sobre estas circunstancias de hecho, la Corte de Apelaciones, expresamente establece en su sentencia:

> […] Es necesario señalar que en audiencia no ha sido tema de discusión la materialidad

de la infracción y la responsabilidad penal del procesado recurrente, ya que las alegaciones realizadas por parte de la defensa del procesado Lymar Oleksii, se circunscribe, acerca que su defendido tiene justificada atenuantes, la cuales no han sido consideradas por el Tribunal A quo, que colaboró con la autoridad, que Lymar Oleksii indicó que el alcaloide era de él, que es consumidor, adicto, por lo que se debe tomar en cuenta el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: "Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco."; al respecto, este Tribunal de Alzada en el análisis del testimonio del procesado Lymar Oleksii observa que manifestó que la droga cien por ciento no es de él, en ninguna parte de su testimonio se aprecia que haya indicado que es una persona con problemas de adicción, ya que él niega que la droga es de él, por lo que, no se puede considerar que el procesado Lymar Oleksii es una persona con problemas de adicción, además estas alegaciones deben estar fundamentadas con las pericias pertinentes y con los testimonios de quienes realizan esas pericias, como por ejemplo: exámenes toxicológicos, psicosomáticos, esto es para determinar que se trata de una persona con problemas de adicción, además, se observa que en su testimonio reconoce que tenía un grillete, y que se lo había retirado para hacer deporte. También refirió la defensa del procesado Lymar Oleksii, que se debe aplicar el principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho l debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (…)", solicitando que se le imponga la pena de cinco años y no de siete años, ya que se le ha impuesto la pena máxima que rige el artículo 220 numeral 1 literal c) del Código Orgánico Integral Penal; referente a esta alegación, esta Sala Especializada Penal, considera que el Tribunal A quo actuó dentro de sus facultades, no ha excedido una pena no establecida dentro del mínimo y el máximo que contempla el tipo penal establecido en el artículo 220 numeral 1 literal c) de la ley penal en vigencia, al respecto el El Dr. José García Falconí en su artículo monográfico titulado "La proporcionalidad o dosimetría de las penas", publicado en la revista Jurídica de fecha 14 de marzo de 2011, comenta respecto al referido principio lo siguiente: "El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales; la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal (…) El 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, pero es

el Juez o Tribunal de Garantías Penales, el garante del equilibrio que se mantenga pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos…", por lo que, de las pruebas practicadas no se encuentran justificadas las atenuantes que señala el artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: "Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: 1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes. 2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia. 3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora. 4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima. 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento. 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.", o el artículo 46 ibídem, que indica: "A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.", asimismo la atenuante trascendental que señala el artículo 46 ibídem que señala: "Atenuante trascendental.-A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. […]

De la lectura de la sentencia de la Corte de Apelaciones, se encuentra que se estableció razonada y justificadamente qué no se consideraron probadas las atenuantes que solicita la defensa del recurrente. Es decir, los hechos que permiten la aplicación de atenuantes, no están fijadas en el relato fáctico.

Al solicitar la aplicación de una norma cuyo supuesto fáctico fue expresamente descartado por los jueces de instancia, se incurre en un pedido de revisión de hechos, pues para la aplicación de tal norma se debería alterar el relato fáctico y considerar probados hechos que no se calificaron como tal en la sentencia de apelación.

Esta pretensión desnaturaliza el recurso de casación y contraviene la prohibición del segundo inciso del artículo 656 COIP, si bien en el escrito los argumentos fueron planteados de manera diferente, en la fundamentación oral se ha verificado que su inconformidad se sustenta en cuestiones de hecho, cuya consecuencia es el rechazo del recurso.

2.4.2. La naturaleza de las circunstancias atenuantes

La defensa del recurrente ha alegado que las atenuantes no se deben demostrar, sino que operan *ipso iure*, esta inquietud preocupa al Tribunal pues solo puede ser fruto de un profundo desconocimiento de estas instituciones, por lo que en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona procesada, se considera relevante aclararla.

Las atenuantes en general, inclusive aquellas invocadas por la defensa del recurrente, están previstas en el COIP y describen hechos, son normas que no contienen mandatos expresos, sino definiciones fácticas. Las atenuantes y agravantes, son circunstancias de hecho que afectan a la infracción.

Como circunstancias de hecho, son objeto de prueba, así lo dispone el COIP:

> **Art. 453.- Finalidad.-** La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al **convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción** y la responsabilidad de la persona procesada.
>
> **Art. 54.- Individualización de la pena.-** La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:
>
> 1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
>
> […]

Asimismo, al tener relación directa con la conducta que constituye la infracción, deben estar contenidas en la base fáctica de la acusación. En cumplimiento del principio de objetividad previsto en el artículo 5.21 COIP, es obligación de Fiscalía establecer en los hechos de acusación tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes.

> **Art. 5.- Principios procesales.-** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:
> […]
> 21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará **no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan**.
> […] (el énfasis añadido)

Es obligación de Fiscalía apegarse a la verdad, y por tanto, incluir en su acusación todas las circunstancias de los hechos que persigue. Esto incluye a las circunstancias atenuantes o agravantes.

Esto no excluye a la facultad de la defensa plantear y demostrar circunstancias atenuantes que le beneficien y solicitar al juez sus efectos en el quantum de la pena. Ya sea de manera simultánea con la Fiscalía o pedirla por su parte, de conformidad con el artículo 454.4, que reconoce:

> "Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas".

Si Fiscalía no ha incluido en su acusación una circunstancia agravante alegada y demostrada por la defensa, la acusación oficial estaría incurriendo en una violación a su deber de buscar la verdad y una grave violación al principio de objetividad. Pues las circunstancias atenuantes pueden y deben ser conocidas por la Fiscalía desde las fases de investigación o instrucción.

Por lo tanto, el recurrente incurre en una confusión respecto a la naturaleza fáctica de las circunstancias atenuantes, al reclamar que estas no deben ser probadas y operan ipso iure. Como cualquier circunstancia de hecho debe ser introducida por las partes procesales, por los principios dispositivos y de libertad probatoria. Si bien no es necesario que se las invoque expresamente como atenuantes, sí lo que sean introducidas en la base fáctica de la acusación o en la hipótesis fáctica de la defensa.

Como toda circunstancia de hecho, las atenuantes deben ser demostradas, en caso contrario, son ajenas a la verdad procesal y no pueden producir efectos. En la presente causa, no fueron demostradas, así lo consideró la Corte de Apelaciones y ese relato fáctico es inmutable en casación por la regla del segundo inciso del artículo 656 COIP.

Por todo lo expuesto, no se encuentra ningún error de derecho en la sentencia de la Corte de Apelación, que cause mérito para la casación de oficio.

III. DECISIÓN

En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** este Tribunal de Casación de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación propuesto por el ciudadano Lymar Oleksii.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución.- **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Ab. Byron Guillén Zambrano, JUEZ NACIONAL; Dr. Luis Adrián Rojas Calle, JUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *03281-2018-00397*
Resolución Nro. *797-2021*
Fecha: *jueves 9 de septiembre del 2021, las 09h50*

TEMA: Aplicabilidad de la agravante de inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito en el delito de muerte culposa.

ASUNTO

Fiscalía propone acción penal pública en contra de Jhon Henrry Salvatierra Vargas, por el delito de muerte culposa, de conformidad con el artículo 377 inciso segundo, numerales 4 y 5, del Código Orgánico Integral Penal, en razón de que el procesado, aparentemente, venía conduciendo por varias horas seguidas y estaba libando, por lo que pierde el control de su camioneta y se impacta con la parte frontal de un tráiler, lo que propicia la muerte de dos personas que se encontraban viajando en el balde del vehículo del procesado.

En el presente caso, se discute la aplicabilidad de la agravante de inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito, que lleva a que se agrave el *quantum* de la pena.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón La Troncal, provincia de Cañar, analiza las pruebas y determina que se comprobó la existencia del delito de tránsito y la responsabilidad del procesado, ya que su imprudencia ocasionó el impacto entre los vehículos, al no observar el deber objetivo de cuidado ni tomar las precauciones para conducir en una vía principal, por lo que considera que debe ser sancionado conforme lo establece el artículo 377 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

En esa virtud, el juez declara que el procesado es autor directo y responsable del delito de muerte culposa, por lo que dicta sentencia condenatoria en su contra, imponiéndole la pena de privación de libertad de dos años, el pago de una multa y de un monto por concepto de reparación integral.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar analiza los recursos de apelación interpuestos por el procesado, Fiscalía y la acusación particular y determina que el procesado tenía que ser condenado conforme lo indica el artículo 377 inciso 2, numeral 5, del Código Orgánico Integral Penal, en razón de que inobservó las leyes y reglamentos que prohíben que un conductor maneje con dos personas en el balde de la camioneta. pues conforme al artículo 388 numeral 7 ibídem, este hecho constituye una contravención de tercera clase. En el análisis de la Sala también se determina que en caso de que ambas partes recurran, es potestad del juzgador mejorar o empeorar la resolución con relación al procesado, conforme a los pedidos de las partes, por lo que rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado, confirma la sentencia de condena, reformándola de acuerdo con la apelación planteada por Fiscalía y la acusación particular, imponiendo al procesado la pena privativa de libertad de tres años, el pago de la multa y de un monto correspondiente a la reparación integral.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 03281-2018-00397

Juez Ponente: Dr. Byron Guillen Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, jueves 9 de septiembre del 2021, las 09h50.

VISTOS:

1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia procede a reducir a escrito la decisión judicial emitida dentro del proceso penal 03281-201800397, una vez realizada la audiencia en la que la defensa técnica del procesado Jhon Henrry Salvatierra Vargas, fundamentó el recurso de casación propuesto respecto de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de fecha 02 de febrero de 2020, las 11h38.

I. Jurisdicción y Competencia

2. Este órgano jurisdiccional pluripersonal se integró por sorteo de ley, realizado el 12 de marzo de 2021, las 15h30, y su conformación no ha sido objetada jurídicamente por ninguno de los sujetos procesales.

3. Mediante resolución No. 2092017, de 20 de noviembre de 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura, al amparo de lo dispuesto en los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por tal motivo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 012018, de 26 de Enero de 2018, conformó su seis salas especializadas, según le faculta el COFJ, en su artículo 183.

4. En atención a la resolución 022014 del Pleno correspondió el conocimiento de la causa a la señora doctora Dilza Muñoz Moreno, ex Jueza Nacional (e) en calidad de ponente, el señor doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional y al señor doctor Wilman Terán Carrillo, Conjuez Nacional.

5. El Consejo de la Judicatura, al amparo de los artículos 181.3 de la Constitución y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la renovación de las y los Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Una vez concluido este proceso de selección, el Consejo de la Judicatura emitió la resolución No. 082021, designando como Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia a los profesionales que superaron el concurso, por consiguiente, terminó el encargo realizado a los jueces antes mencionados por lo que no pueden continuar con la prosecución de la causa in examine.

6. Bajo las reglas de competencia mencionadas y luego del sorteo de ley se constituyeron como Tribunal de Casación: el señor Abogado Byron Guillen Zambrano Juez Nacional Ponente, el señor abogado Felipe Córdova Ochoa, y el señor doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional.

7. Por encargo del doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, conoce la presente causa el señor doctor Luis Rojas Calle, Juez Nacional (E), no obstante, por licencia concedida y según acta de sorteo actúa la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional.

II. Trámite

8. De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso concreto son las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

III. Validez Procesal

9. El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante " COIP"), en concordancia de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de este recurso, por tanto, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. Relato procesal

10. Mediante sentencia de fecha 02 de diciembre de 2019, las 17h21 el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón La Troncal, situado en la provincia de Cañar, condena en calidad de autor al ciudadano Jhon Henrry Salvatierra Vargas por considerar que su conducta se

adecúa al tipo penal contenido y sancionado en los artículos 377 inciso primero y 380 inciso tercero del COIP, imponiéndole la pena de privación de libertad de dos años y multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.

11. Por concepto de reparación integral dispone el pago de ochenta salarios básicos del trabajador en general a los familiares de cada una de las víctimas, y por daños materiales el valor de quince mil ochocientos dólares.

12. Notificada la resolución de condena interpone recurso de apelación tanto el procesado como la Fiscalía General del Estado y los acusadores particulares, radicándose la competencia en la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar que en sentencia de 02 de febrero de 2020, las 11h38 rechaza el recurso propuesto por la defensa del procesado y aceptando lo planteado por Fiscalía declara al señor Jhon Henrry Salvatierra Vargas autor directo responsable del delito de tránsito tipificado y sancionado en el artículo 377 inciso segundo numeral 5 y 380 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se reforma el quantum punitivo imponiendo al sentenciado la pena de tres años de privación de libertad, y se modifican los montos de reparación integral en la cantidad de ciento cincuenta remuneraciones básicas del trabajador en general.

13. Notificada la resolución a los sujetos procesales el sentenciado interpone recurso de casación por lo que sus fundamentos se someten a examen de admisión, y en auto de fecha 30 de noviembre de 2020, las 15h53, se admiten los cargos de indebida aplicación de los artículos 377.5 y 622 del COIP correspondiendo su conocimiento y resolución a este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

V. Relato fáctico

14. En su teoría del caso el Fiscal asignado a la causa expuso:

"… [E]l miércoles 12 de septiembre del 2018, en la vía DuránTambo altura motel cupido colisión dos vehículos, choque frontal tráiler conducido por ciudadano Ítalo Paúl López López, un segundo vehículo con dirección al Triunfo carril derecho conducido por el procesado John Henrry Salvatierra Vargas, la persona procesada, el ciudadano se encontraba libando, pierde el control del automotor hace un giro a la izquierda y se hace a la vía del tráiler y se impacta con la parte frontal del tráiler, dos muertes María José Chavarro Zúñiga y Jonathan Arturo Fajardo Gorozabel, aquel 12 de septiembre se le cegó proyecto de vida, aquellos venían en el balde de la camioneta, del impacto brusco se produce desplazamiento de vehículos, fiscalía probará que existen los vehículos señalados, que el accidente produjo cuantiosos daños económicos del tráiler más de 60.000 dólares planchas de mármol, colapsaron postes de luz, redes de internet y dos vidas de los jóvenes María José Chavarro Zúñiga y Jonathan Arturo Fajardo Gorozabel." [1]

VI. Síntesis de la exposición de argumentos planteados por los sujetos procesales en la fundamentación del recurso de casación

a) Fundamentación del recurso por parte del recurrente

15. En su intervención el abogado de la defensa realiza un extenso relato de los hechos, luego de aquello afirma que la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Cañar dicta una sentencia antojadiza, ilegal y arbitraria que viola el debido proceso. Asegura que presenta recurso de casación y contrae su exposición a los cargos admitidos de indebida aplicación del Art. 377 numeral 5 del COIP, e indebida aplicación del Art. 622 del mismo cuerpo legal, señala que aceptando que el procesado Jhon Salvatierra era el chofer de la camioneta silverado la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, reforma la sentencia de primer nivel ubica la condena culposa de Jhon Salvatierra en el numeral 5 del Art. 377 del COIP, aumentando la pena de dos a tres años de prisión, argumentando que el Tribunal concluye que los fallecidos viajaban en el balde de la camioneta mediante testimonios referenciales y porque los cuerpos se encontraban en la calzada de la carretera, siendo que los bomberos y la policía llegaron a los diez, quince y treinta minutos, cuando la gente que estuvo en el sector habían sacado a las personas lesionadas fuera del vehículo.

16. Sobre la violación de la ley referente al Art. 377 numeral 5, la Corte da como cierto un hecho que se produjo al momento del accidente, eso es que

[1] Cfr. Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, fojas 177.

los fallecidos viajaban en el balde de la camioneta, el numeral 5 habla de violación de reglamentos y disposiciones legales.

17. Manifiesta que la Ley de Tránsito, como su Reglamento no solamente se refieren a las obligaciones de un conductor, sino también a las obligaciones de los pasajeros, tras una lectura del Art. 9 de la Ley de Tránsito y Art. 1 del Reglamento a la Ley de Tránsito señala que conforme lo expresa el Art. 297 del Reglamento de los pasajeros fue irresponsable, irregular y violatoria de los reglamentos por lo que la acción les es imputable, a criterio del recurrente no se explica por qué viajaron en el balde de la camioneta si adelante había espacio suficiente, por lo que considera fácil inferir que los pasajeros quisieron viajar en el balde de la camioneta.

18. Entre sus alegatos la defensa del casacionista es insistente en sostener que el procesado no era quien conducía el vehículo.

19. Sobre la otra inobservancia de las regulaciones, concretamente el Art. 622 que habla sobre la reparación integral, señala que para su fijación los jueces deben analizar una serie de factores entre aquellos los atinentes a la naturaleza del delito, las circunstancias del accidente, la conducta del procesado, además que al momento del accidente no tenía un solo gramo de alcohol según los exámenes técnicos realizados y el comportamiento de las víctimas en el momento del accidente quienes son corresponsables de la infracción, en ese sentido, el incremento de ochenta a ciento cincuenta salarios mínimos del trabajador en general la indemnización, realmente no se compadece con el texto de la ley, cuestiona los argumentos referidos por Fiscalía en sus fundamentos e insiste que la reparación integral es fuera de lugar y que en el caso de que haya que pagar alguna indemnización habrá que hacer un esfuerzo extraordinario para cumplir la obligación.

20. Solicita se declare procedente el recurso de casación, y subsidiariamente la nulidad, pues esa condición no está como cargo casacional pero es una obligación del juzgador, y puede hacerlo de oficio en razón de que se ha violado las disposiciones legales pertinentes respecto a esta circunstancia, concretamente el numeral 10 del Art. 657 literal c, al no haberse investigado, procesado al otro chofer que nunca se lo vinculó, se está violentando la ley, lo cual acarrea la nulidad de la sentencia.

b) Contestación por parte de la Fiscalía General del Estado

21. En mérito de lo escuchado, y de los parámetros indicados por la parte procesal, la delegada de Fiscalía sostiene que el recurso está evidentemente ligado a la admisibilidad de la cual fue objeto, esto es indebida aplicación del Art. 377 numeral 5, y del Art. 622 del COIP, debiendo haberse reducido la intervención y la fundamentación técnico jurídica del por qué existió una indebida aplicación de estas dos normas legales indicadas, sin que se llegue a establecer como estas normas a las que se refiere no se subsumen a hechos fácticos.

22. Refiere que las normas jurídicas se adecúan a la realidad del proceso y que por ende ello genera una reparación integral que por imperativo legal tiene que ser en medida de lo posible, y que ésta satisfaga efectivamente a las víctimas y que en el caso no es desproporcionada que debe ser sufragada en su conjunto por el responsable solidario.

23. Desde su punto de vista resulta indispensable la aplicación del artículo 297.1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Tránsito y Transporte Terrestre y precisa que se busca posicionar a las víctimas como responsables de la infracción, cuando hasta hoy se sostiene que uno de aquellos venía conduciendo el vehículo lo que resulta contradictorio.

24. Manifiesta que en atención a lo expuesto y ante la inadecuada fundamentación del recurso se rechace y se devuelva al juzgado de origen para la ejecución de la sentencia.

c) Contestación por parte de los acusadores particulares

25. La defensa de los acusadores particulares sostiene que escuchada la intervención del recurrente no se cumplen los principios que rigen el recurso extraordinario de casación, porque no se identifica la sentencia de la cual recurre, durante la intervención se ha basado en hechos, incluso en peritajes, por lo que no se ha fundamentado en legal y debida forma el recurso de casación conforme lo establece el Art. 656 del COIP, no se ha identificado el error de derecho en donde consta en la sentencia impugnada, se ha mencionado en varias ocasiones sobre la sentencia emitida en primera instancia, toda vez que no ha demostrado al Tribunal de Casación errores de derecho, y cual fue en este caso la trascendencia establecida en la sentencia solicita se declare improcedente el recurso de casación.

d) Réplica

26. La defensa del recurrente es enfática en señalar que la nulidad debe declararse en atención al artículo 652 numeral 10 literal c); que se ha indicado claramente el numeral 5 del Art. 377 del COIP,

al tratar de endosar la responsabilidad de los pasajeros al chofer, pues si se dice que los pasajeros viajaban en la parte de atrás de la camioneta, y por lo tanto incumplieron reglamentos; y que las disposiciones legales de tránsito, eso es imputable a los pasajeros, y no al chofer, respecto del Art. 622 que refiere a los requisitos de la sentencia, efectivamente así es, pero se hizo referencia a la parte de la reparación integral que está en el numeral 6 de la misma norma, se ha indicado que no se siguió el proceso al otro conductor porque en el informe inicial se determinó la responsabilidad de Jhon Salvatierra, eso es solo un informe, se tenía que seguir el proceso y al final quien decide la responsabilidad es el juez, no los informes periciales, de tal manera que eso no es correcto, se ha indicado que la sentencia impugnada es la dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar que aumenta la sanción de dos a tres años, y la reparación por daños y perjuicios de ochenta a ciento cincuenta salarios, violentando la ley, en este caso el Art. 377 numeral 5, igual el Art. 622 que habla de la reparación integral que debe ser asumida por el procesado, y no por el padre de este que es un responsable solidario, que no hay en el proceso ningún argumento legal para que se haya impuesto una cantidad exagerada.

VIII. Consideraciones del Tribunal de Casación

27. El recurso de casación constituye un medio extraordinario y de carácter formal mediante el cual se verifica la correcta aplicación del derecho positivo en las resoluciones judiciales, esta importancia se subraya en el procedimiento a través de la prohibición legal expresa de realizar un nuevo examen probatorio y revisión de hecho, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

28. En el COIP dentro del título de "Impugnación y Recursos", ha consagrado el recurso de casación, aunque no conceptualiza este medio extraordinario, establece sus alcances y límites, que ya han sido analizados anteriormente, esto es, que el debate se circunscribe a errores de derecho en que se hubiese incurrido en la sentencia, así lo señala en su artículo 656[2].

29. La Corte Constitucional enfatiza estos delineamientos legales al sostener que:

"El recurso de casación, conforme su naturaleza, es un recurso extraordinario de competencia del máximo tribunal de justicia ordinario para pronunciarse, exclusivamente, respecto de las posibles violaciones a la ley en las sentencias de segunda instancia, ya sea por contravención expresa de su texto, o indebida aplicación o errónea interpretación, por lo que conforme a su texto, tanto el referido a la casación en todas las materias, como a la casación en materia penal, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia"[3].

30. Así, la casación se estatuye como un medio de impugnación extraordinaria, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo (función nomofiláctica), la unificación en la interpretación y aplicación de la ley, y la unificación de la jurisprudencia, es por ello que este recurso no permite corregir los errores fácticos que pudieran existir en la sentencia de instancia, al contrario los hechos fijados por el Tribunal de Apelación se dan como ciertos, sin que exista posibilidad de alterarlos, el Tribunal de Casación se limita a verificar si en la sentencia existen errores in iure que pudieran acarrear un quebrantamiento a la ley.

31. Autores como Claus Roxin, han establecido el objeto, la finalidad y limitación del recurso de casación, señalando que:

La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control 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. [4]

[2] COIP. Art. 656. Procedencia. El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.
No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba. (énfasis añadido)

[3] Corte Constitucional del Ecuador; caso No. 095012EP; sentencia No. 03315SEPCC; Registro Oficial Suplemento 462 de 19 de marzo del 2015.

[4] Derecho procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

32. Resulta claro que el control de la función nomofiláctica corresponde al máximo órgano de administración de justicia ordinaria, en donde se enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no secundum ius.

33. Para autores como Fernando de la Rúa, la casación es un " [m]edio 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. [5] Por lo que para la doctrina la casación necesariamente debe descansar en casos de error específicos, como los estatuidos en nuestra legislación de forma taxativa en el COIP, esto es, por contravenir expresamente el texto de la ley, por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

34. La casación es un recurso extraordinario, así lo señala la Corte Nacional de Justicia[6], manifestando que " la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnicojurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que la casación se considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso" .

35. Dentro del contexto citado, resulta claro que quien interponga este medio de impugnación derivará su argumentación a cuestiones de puro derecho, que supone un análisis de legalidad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso de casación nos centraremos en el estudio del postulado de indebida aplicación de los artículos 377.5 y 622 del COIP en contraste con la sentencia de apelación, para verificar si los argumentos del recurrente desacreditan la idoneidad de la norma jurídica aplicada en la resolución del caso, no obstante, resulta palmario de forma previa observar las alegaciones de nulidad procesal realizadas por el recurrente en esta sede.

a) Nulidad procesal. Oportunidad. Actuación de oficio

36. Al analizar las pretensiones expuestas por el recurrente, la Corte de Casación estima necesario centrar su estudio en verificar el cumplimiento de las exigencias del medio impugnatorio con el objetivo de impedir que se desnaturalice el carácter extraordinario del recurso.

37. Sobre la base de este anuncio resulta necesario el establecimiento previo de los puntos de derecho que serán debatidos en audiencia, exponiendo sus alegaciones de fundamento en atención al modo de error que expone para construir su pretensión. Conforme se dejó anotado en líneas precedentes la admisión del recurso se circunscribió respecto a los yerros jurídicos de indebida aplicación antes detallados, no obstante, la defensa del recurrente en la parte final de su intervención señala a modo general que se debe declarar la nulidad procesal, de manera subsidiaria al recurso de casación porque no se investigó ni se vinculó al otro conductor, por lo que a su criterio se violenta la ley, y que de ser necesario el Tribunal de Casación debe actuar de oficio según lo dispuesto en el artículo 652.10 literal c) del COIP.

38. Efectivamente, el COIP considera que al resolverse un recurso, la nulidad debe observarse como una figura jurídica de aplicación obligatoria, mediante la cual el juez declarará la existencia de errores de procedimiento para validar el proceso en salvaguarda del debido proceso, de oficio o a petición de parte.

39. Entonces los recursos por regla general admiten la evocación de vicios de procedimiento que son tratados de forma previa para proceder a la resolución del recurso, sin embargo, existen esquemas necesarios de alegación, pues por los efectos jurídicos que la nulidad conlleva se sujeta a lineamientos específicos ineludibles que requieren la explicación de su trascendencia tanto en el derecho a la defensa como en la decisión de la causa.

40. Si nos ceñimos al recurso de casación, tenemos que por la tecnicidad del medio impugnatorio el examen de admisión resulta en una delimitación anticipada de los cargos que se debatirán en audiencia, por lo que, el momento procesal

[5] Fernando De la Rúa, Teoría General del Proceso, pág. 187
[6] Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Sentencia que pone fin al recurso de casacón propuesto por Carlos Dávila Calderón, en Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 14, año 2014, p.6077

oportuno para formular los yerros procesales es el escrito de interposición, pues inclusive alegada o no la nulidad procesal puede ser declarada antes del examen de admisión y bajo los parámetros de la Corte Constitucional en sentencia 02517SEPCC de 05 de julio de 2017, y que resulta en un acto lesivo cuyos efectos jurídicos deben evitarse o cesarse de forma inmediata.

41. En el caso tenemos que, esta pretensión de nulidad fue expuesto bajo el mismo contexto ya alegado en su escrito de interposición y sobre aquello ya existió un pronunciamiento en el auto de admisión; por lo que ya tuvo respuesta en el momento procesal oportuno y por tanto no cabe la alegación "subsidiaria" que demanda el recurrente como para buscar un nuevo pronunciamiento al respecto, más aún sobre la base de una petición generalizada que cuestiona la acusación fiscal y en la que expresa su inconformidad sin explicar la incidencia de este particular en el ejercicio del derecho a la defensa y la decisión de la causa debe ser rechazado por improcedente.

b) Indebida aplicación del artículo 377.5 del COIP. Responsabilidad de los pasajeros.

42. En la fundamentación del recurso la defensa del recurrente sostiene que existe indebida aplicación del artículo 377.5 del COIP porque no se pueden declarar como probado que los pasajeros se encontraban en el balde de la camioneta en atención de testigos referenciales; y aduce que de ser verificable este supuesto fáctico los pasajeros inobservaron la obligación dispuesta en el artículo 297 del Reglamento a la Ley de Tránsito, por lo que desciende en la tesis de que este hecho deber ser imputable a los pasajeros.

43. Respecto a su primer argumento, en el que califica los medios probatorios de referenciales, es necesario acotar que las alegaciones que cuestionan los juicios de valor quedaron descartados en el examen de admisión, en el que se enfatiza que la exposición será de nudo derecho y se advierte que tales referencia no son parte del debate jurídico que se espera en sede de casación, en tal sentido se rechazan las calificaciones que sobre los testimonios valorados por los tribunales de instancia realiza la defensa del recurrente.

44. Ahora bien la discusión jurídica se centra en la aplicabilidad del artículo 377.5 del COIP, este numeral en específico señala que se agrava la conducta de muerte culposa por la inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito; lo que conlleva a que se agrave el quantum de la pena por considerarse que el resultado de la infracción es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

45. A criterio del censor los jueces de apelación debían observar lo previsto en el artículo 297 del Reglamento a la Ley de Tránsito e imputar esta inobservancia a quienes fungieron como pasajeros en el automotor. Para delinear el escenario argumentativo, partimos del modo de error de derecho alegado de indebida aplicación, para ponderar el uso impertinente de la norma jurídica empleada por el juzgador versus la disposición legal que el recurrente estima aplicable al supuesto fáctico y verificar la corrección de su silogismo conclusivo.

46. Para estudiar el error de subsunción alegado es necesario, delimitar el análisis desarrollado por el Tribunal de apelación al respecto. En el numeral 7.7.1 se establece sobre el análisis jurídico de agravantes lo que sigue:

7.7.1. El Art. 377 del COIP en su primer inciso reza: "Muerte culposa. La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad" . Es este el tipo penal que ha considerado el Juzgador luego de su análisis en relación con el Art. 380 inciso tercero. Pues bien, la teoría del caso que plantea fiscalía en la etapa de juicio es justificar que Jhon Salvatierra Vargas conducía el vehículo siniestrado en donde perdieron la vida dos jóvenes Chavarro y Fajardo, lo que en lo medular es cuanto se concluye incluso ante las alegaciones impugnativas por parte del Tribunal. Más se sostiene que se han probado en juicio que el procesado incurrió en las faltas que contiene los numerales 4 y 5 del inciso segundo del Art.377, que determina: "Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como:… 4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la o el conductor. 5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito…". Para ello fundamenta respecto al numeral 4 transcrito, que fue evidente las malas condiciones, la embriaguez en las que estaría manejando el día de los hechos Salvatierra, incluso se refiere a las fotografías que fueron bajadas del

equipo celular de fajardo en donde se le observa al frente del automotor conduciendo con una lata de cerveza en la mano, las latas de cerveza en la mano y los relatos de las testigos Tigre y Miranda que lo vieron durmiéndose y en malas condiciones. Lamentablemente este tipo de apreciaciones no pueden prosperar desde cuando la prueba se ha orientado desde el punto de vista técnico, científico y testimonial a sostener la responsabilidad del conductor del automotor en la persona de Salvatiera, pero no existe sustento legal practicado que dé cuenta de que Salvatierra estuvo en estado etílico, desde cuando no se le realizó examen alguno al respecto y las apreciaciones testimoniales de las mentadas ciudadanas requieres de otros elementos que en su conjunto determinen que en efecto estaba en malas condiciones físicas para manejar el automotor. Sin embargo respecto a la alegación en torno al numeral 5 del inciso segundo del Art. 377 del COIP, este Tribunal ha analizada a lo largo de este fallo las condiciones y conclusiones sobre la forma en que se dio el accidente y la posición de los ocupantes de la camioneta, llegando a la conclusión los hoy fallecidos viajaban en el balde de la camioneta de ahí la consecuencia de la forma de las lesiones y su muerte, es decir acorde al Art. 388 numeral 7 del COIP, estaba cometiendo una contravención de tercera clase " Contravenciones de tránsito de tercera clase. Serán sancionados con multa equivalente al cuarenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de siete punto cinco puntos en su licencia de conducir: 7. La o el conductor de un vehículo automotor que circule con personas en los estribos o pisaderas, baldes de camionetas, parachoques o colgados de las carrocerías de los vehículos.." . Entonces resulta evidente que la aplicación legal era la sanción que contempla el inciso segundo del Art. 377 del COIP, por adecuarse su conducta con las inobservancias de las leyes y reglamentos en materia de tránsito, debiendo así declararse en el fallo y sin que aquello atente en contra del principio del " Reformatio in peus" que se refiere a que tras un recurso de apelación o de casación, el Tribunal encargado de dictar una nueva sentencia resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera sentencia para el recurrente como consecuencia exclusiva de la interposición de su recurso; sin embargo, cuando sean ambas partes las que recurren al tribunal, es potestad de los Juzgadores el mejorar o empeorar la resolución, sujetándose a las peticiones de las partes.

47. De lo transcrito, el Tribunal de instancia precisa las razones por las que estima no llega a establecer probatoriamente las condiciones físicas del conductor para aplicar el presupuesto determinado en el numeral 4 de la norma en cuestión; no obstante, sobre el numeral 5 del inciso segundo del artículo 377 del COIP luego de un análisis del relato de hechos, los juzgadores de instancia establecen que la forma de las lesiones y de muerte de los pasajeros permitieron determinar que se hallaban en el balde de la camioneta siniestrada, por tanto, este acto en particular constituye una contravención de tránsito prevista en el artículo 388.7 del COIP, que encaja en el hipotético previsto de inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito, que constituye un elemento normativo que de lo que se establece quedó verificado.

48. Ahora bien, el criterio que sostiene el recurrente respecto a que de acuerdo al artículo 297 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la acción de viajar en el balde de la camioneta le es imputable a los pasajeros es necesario acotar que la norma legal citada señala:

Art. 297. Los pasajeros y pasajeras del transporte por cuenta propia tienen las siguientes obligaciones:

1. Abstenerse de ejecutar a bordo de la unidad actos que contravengan disposiciones legales o reglamentarias;
2. Abstenerse de arrojar desechos desde el interior del vehículo, que contaminen el ambiente;
3. Hacer uso correcto del cinturón de seguridad mientras se encuentren dentro del automotor;
4. Abstenerse de llevar mascotas en el asiento delantero;
5. Abstenerse de llevar niñas o niños sobre las rodillas o junto al conductor; y
6. Abstenerse de llevar paquetes de cualquier tipo sobre las rodillas.

49. Si bien podríamos suponer que el recurrente hace referencia a lo contenido en el numeral 1 del artículo citado, en el que se detallan las obligaciones que deben tener los pasajeros y pasajeras respecto a la observancia de disposiciones legales o reglamentarias, en un análisis específico de la norma citada se tiene que estas obligaciones se aplican a quienes son pasajeros de un medio de transporte por cuenta propia, término cuyo concepto se encuentra en el mismo reglamento, artículo 56, en el que señala que este tipo de transporte consiste: "… en el traslado de personas o bienes dentro y fuera del territorio nacional realizado en el ejercicio de

las actividades comerciales propias, para lo cual se deberá obtener una autorización.", de lo que detalla la norma citada es evidente que las condiciones especificadas por el recurrente no son compatibles con los hechos declarados como probados, independientemente de la postura que asumiesen los pasajeros no deja de ser atribuible al conductor la puesta en circulación del vehículo bajo esa circunstancias.

50. En el caso insistimos que del caudal probatorio se llegó a determinar el convencimiento pleno de los juzgadores de que el hecho acusado contempla el tipo penal agravado de muerte culposa con la circunstancia contenida en el inciso segundo numeral 5 del artículo 377 del COIP, por lo que se establece que el casacionista no vislumbró un ejercicio argumentativo adecuado, pues alegado el yerro de indebida aplicación esta Alta Magistratura señala que no se evidencia un error de subsunción como advierte el recurrente.

51. Por lo tanto, la alegación de que la sentencia impugnada aplica indebidamente la calificación jurídica del caso resulta improcedente, puesto que, sus alegaciones no develan un yerro jurídico, tanto más que el adquem radica su criterio con un puntal argumentativo sólido, lógico y racional, lo que conduce a rechazar lo alegado por el recurrente.

c) Indebida aplicación del artículo 622 del COIP. El auto de admisión no suple la fundamentación oral.

52. En cuanto a la indebida aplicación del artículo 622 del COIP la defensa del recurrente sostiene que los jueces deben analizar una serie de factores para llegar a establecer un monto atinentes a la naturaleza del delito, las circunstancias del accidente, la conducta del procesado y el comportamiento de las víctimas (corresponsabilidad)

53. Respecto a este cargo es necesario advertir que el artículo 622 del COIP se encuentra conformado de varios numerales y, en su exposición, el recurrente no llega a establecer un ítem específico, aunque en la réplica hace una referencia al numeral 6, la exposición de argumentos no se hizo en atención a una disposición legal concreta, sino a una mención general[7], a pesar de que en el auto de examen de admisión se llegó a precisar la norma legal específica, este no suple ni complemente la fundamentación oral.

54. Aunque en apariencia, el examen de admisión delimitó el escenario de casación, la exposición de la defensa del recurrente deja en evidencia el desconocimiento de los cargos casacionales planteados, pues a más de lo ya señalado en el párrafo supra omite especificar la parte del fallo que contiene el error jurídico, así como tampoco completa la propuesta jurídica, contradiciendo inclusive el discurso argumentativo porque evade el debate de inadecuación del relato fáctico en la norma jurídica, y se centra en detallar las circunstancias que –a su criterio debían ser aplicadas para establecer los montos de reparación.

55. Queda claro que persigue justificar una causal de error distinta, que conlleva el reconocimiento de la aplicabilidad de la norma jurídica y su inconformidad con su interpretación, razón por la que los argumentos escogidos por la defensa para sustentar el cargo casacional admitido a trámite no se compadece con el yerro de indebida aplicación.

56. En consecuencia, las incongruencias entre la formulación inicial y las sostenidas por la defensa en forma oral no se corrigen ni se suplen entre sí, y siendo que no se evidencian yerros que este Tribunal de Casación estime deban ser corregidos de oficio se rechaza el cargo planteado por improcedente.

II. Decisión

1. Por lo expuesto este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito Crimen Organizado y Corrupción 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**, por unanimidad resuelve:

1. DECLARAR improcedente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado Jhon Henrry Salvatierra Vargas conforme queda expuesto en la parte motiva del fallo.
2. Notifíquese, Cúmplase y devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.

f) Dr. Byron Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL.

[7] Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 10-2015.

VIII

Juicio Nro. *11282-2015-00788*
Resolución Nro. *848-2021*
Fecha: *jueves 23 de septiembre del 2021, las 16h23*

TEMA: Aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes en delitos contra la administración pública.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de varias personas, en calidad de presuntos autores del delito de peculado, tipificado en los incisos primero y cuarto del artículo 257 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, infracción que actualmente se encuentra prevista en el inciso cuarto del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que habrían malversado arbitrariamente dineros de dominio público.

En el presente caso se discute la aplicación de agravantes o atenuantes para determinar el tiempo de condena de cada uno de los procesados.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja decidió declarar la culpabilidad de los señores H. L. E. M., J. I. V. O., R. M. M. G, H. G. E. S. y J. M. S. V., puesto que consideró que se demostró la existencia de la infracción acusada (peculado), por abuso y malversación de fondos públicos por medio de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil". En esa virtud, el órgano jurisdiccional dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados, en calidad de autores del delito de peculado.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en razón del recurso de apelación presentado por el procurador común de los procesados, determinó que se encuentra probado que los procesados, abusando de las funciones propias de sus cargos, en unas ocasiones, y, en otros casos a través de omisiones en sus actos, dispusieron fraudulentamente de dineros pertenecientes a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil", los cuales pertenecían a cuenta ahorristas e inversionistas, realizando una serie de sobre avalúo de bienes, que ocasionaron la disminución del activo de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil". Sin embargo, el tribunal determinó que debe tomarse en consideración el principio de proporcionalidad, por lo que decidió aceptar parcialmente el recurso de apelación de algunos de los acusados, reformar la sentencia venida en grado y rebajar las condenas de los procesados, considerando las circunstancias atenuantes y situación de cada procesado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11282-2015-00788

Juez Ponente: Dr. Felipe Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.

Quito, jueves 23 de septiembre del 2021, las 16h23.

VISTOS.- En razón de los recursos de casación que fueron admitidos; interpuestos por los recurrentes: Jorge Jaramillo Ramón en calidad de procurador común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CASA FÁCIL" y el recurso propuesto por Fiscalía General del Estado, en contra de la sentencia dictada el 16 de junio del 2017 a las 11H36, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que resolvió declarar la responsabilidad de los sentenciados en calidad de autores por el tipo penal del **Art 257 del** Código Penal**; así en su resolución,** acepta parcialmente la apelación de algunos acusados y reforma la sentencia venida en grado; quedando el ciudadano Hugo Leonardo Espinoza Montaño con una condena, de DIEZ AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Jorge Iván Vásquez Ocampo: condena, CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA; y, Rafael María Macas González: condena, CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Se impone una indemnización de tres millones ciento sesenta y ocho mil doscientos cuarenta dólares (USD). Se ratifica inocencia de Jessie Mercedes Segarra Valdiviezo, y, Hugo Geovany Espinoza Segarra.

El infrascrito Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia avocó conocimiento de la presente causa, y al haberse sustanciado y resuelto la audiencia en la que los recurrentes debieron sustentar sus recursos casacionales; en tal virtud, el infrascrito Tribunal motiva la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, y las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

De conformidad con lo descrito en el artículo 182 de la Constitución de la República, el Consejo de la Judicatura, dando cumpliendo con el mandato contenido en los artículos 181.3 ibídem y 264.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, con la finalidad de realizar la renovación de las y los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, por tal razón, una vez concluido este proceso, emitió la resolución No. 08-2021, designando a las nuevas Juezas y Jueces que se integraron a la Corte Nacional de Justicia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial,

el 04 de marzo de 2021, a las 04:29 PM, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia llevó a cabo el correspondiente sorteo, con la finalidad de integrar el nuevo Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, quedando integrado por el Doctor Felipe Esteban Córdova Ochoa, quien actúa en calidad de Juez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Doctor Walter Macías Fernández y el Dr. Luis Rivera Velasco como Jueces Nacionales.

La Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación y revisión, conforme lo disponen los artículos 184.1[1] y 76.7.

[1] **Art. 184.-** Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley […].

k)[2] de la Constitución de la República; artículos 184[3] y 186.1[4] del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

Tanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros están sometidos a la jurisdicción penal de la República del Ecuador, cuando cometen delitos dentro del territorio del Estado ecuatoriano, en consecuencia, por haberse materializado la infracción en territorio ecuatoriano, la procesada se encuentra bajo la jurisdicción penal del Ecuador, según prescripción constante en los artículos 398 y más pertinentes del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas.

Por lo expuesto, el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia, en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado.

SEGUNDO:
LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE*.-

2.1 La Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal señala que: "*Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código*".

2.2 Así también, la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 160, de 29 de marzo de 2010, en su primera disposición transitoria preveía que: "...*Los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación que actualmente se encuentren en trámite, continuarán sustanciándose conforme a las reglas de procedimientos vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión...*"; de igual modo, la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555, de 24 de marzo de 2009, señalaba en la segunda disposición transitoria que "...*Los procesos que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión...*".

2.3 En consecuencia, por la fecha de inicio del presente proceso (23 de julio del 2015 a las 14H30), corresponde aplicar las normas jurídicas del COIP; publicado en el Registro Oficial Nro. 180 de fecha 10 de febrero del 2014, siendo su vigencia a partir del 10 de agosto del 2014; empero en tratándose de las fechas de los hechos; por aplicación del principio de favorabilidad se invocará y aplicará en su momento el Código del Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 360, de 13 de enero de 2000 y sus posteriores reformas.

TERCERO:
VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación en estudio ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; y, por cuanto no existe omisión sustancial, que constituya error *in procedendo*, que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la validez formal de lo actuado con ocasión de este medio extraordinario de impugnación.

CUARTO:
ANTECEDENTES.

4.1 Antecedentes Fácticos.

En audiencia de juzgamiento, Fiscalía General del Estado planteó su teoría del caso en el siguiente contexto:

> "...La Cooperativa de Ahorro y Crédito Casa Facil de la ciudad de Loja durante los

[2] 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: […] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

[3] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[4] Art. 186.- Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera […].

años 2010 al 2014 fue administrada y representada de manera legal por el Ing. Hugo Leonardo Espinosa Montaño en calidad de gerente, interviniendo también los señores acusados Rafael María Macas González y Jorge Iván Vásquez Ocampo, quienes eran miembros del consejo de administración, presidente y vocal respectivamente, los cuales abusando de las funciones propias de sus cargos, en unas ocasiones y en otros casos a través de omisiones en sus actos, dispusieron fraudulentamente de dineros pertenecientes a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Casa Fácil, los cuales le pertenecían a los cuenta ahorristas e inversionistas. Que el Ing. Hugo Espinosa Montano había conformado una asociación de proyectos de vivienda denominada "Casa Fácil", la cual fue creada al margen con sus respectivos consejos de administración y vigilancia, constituyéndose la misma por el Ing. Hugo Espinosa Montaño en calidad de representante de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Casa Fácil y el Arq. Jorge Muñoz Alvarado, asociación de vivienda que fue utilizada en su figura legal, como instrumento para distraer fondos de la Cooperativa, nombrándoselo como representante legal de dicha asociación al Ing. Jorge Iván Vásquez, quien hasta ese entonces había constituido parte de la administración en el seno de esta asociación de vivienda Casa Fácil; que se realizaban una serie de sobre avalúo de bienes, que ocasionaron la disminución del activo de !a Cooperativa de Ahorro y Crédito Casa Fácil, puesto que los mismos fueron adquiridos con precios extremadamente elevados a su precio real, realizando un perjuicio económico de mas de $1°000.000,00 de dólares. Así mismo el Ing. Hugo Leonardo Espinoza Montano, ha hecho participar a su familia en el perjuicio a la Cooperativa, puesto que su esposa Jessie Mercedes Segarra Valdiviezo, y sus hijos Hugo Geovanny Espinoza Segarra y María Fernanda Espinoza Segarra, se habrían beneficiado de manera ilegal con dineros de la entidad financiera, personas que no se desempeñaron en ningún momento como funcionarios, ni como directivos de la Cooperativa, se encuentran inmersos en el delito de Peculado que también se encuentra en el Art. 233 de la CRE, el tipo penal se adecua al Art. 257 del Código Penal, vigente al momento del cometimiento de la infracción, y que en el COIP se encuentra actualmente en el Inciso Cuarto del Art. 278. Existiría un perjuicio de mas de 2´700.000.00 que no se habría devuelto a sus verdaderos dueños." [5].

4.2 Antecedentes Procesales.

En relación a los hechos descritos en el considerando precedente, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, en sentencia dictada el 14 de octubre del 2016, las 15h45, declaró la responsabilidad penal como autores del delito de Peculado de conformidad con lo tipificado en el Art. 257 del Código Penal; quedando así los sentenciados: Hugo Leonardo Espinoza Montaño: condena, DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Rafael María Macas González: condena, OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Jorge Iván Vásquez Ocampo: condena, OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Jessie Mercedes Segarra Valdiviezo, condena, SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Hugo Geovanny Espinoza Segarra condena SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. SE RATIFICA INOCENCIA: Jorge Eduardo Muñoz Alvarado y María Fernanda Espinoza Segarra.

Posteriormente, ejerciendo su derecho a impugnar las decisiones judiciales, los recurrentes interponen recurso vertical de apelación; así en sentencia dictada el 16 de junio del 2017 a las 11H36, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, se resuelve declarar la responsabilidad de los sentenciados en calidad de autores por el tipo penal del Art **257 del Código Penal; así en su resolución,** acepta parcialmente la

[5] Sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito.

apelación de algunos acusados y reforma la sentencia venida en grado; quedando el ciudadano Hugo Leonardo Espinoza Montaño con una condena, de DIEZ AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Jorge Iván Vásquez Ocampo: condena, CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA; y, Rafael María Macas González: condena, CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Se impone una indemnización de tres millones ciento sesenta y ocho mil doscientos cuarenta dólares (USD). Se ratifica inocencia de Jessie Mercedes Segarra Valdiviezo, y, Hugo Geovany Espinoza Segarra.

Estando así las cosas; tanto los procesados, como la acusación particular y Fiscalía, presentan recurso extraordinario de casación en contra del fallo descrito en el párrafo que antecede, por lo que, mediante auto de fecha 9 de enero del 2019; la Sala Especializada de lo Penal, Penal, Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Delincuencia Organizada de la Corte Nacional de Justicia manifiesta:

> *DECISION: Por lo expuesto, por unanimidad, éste Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: Inadmitir los recursos propuestos por Rafael María Macas González, Hugo Leonardo Espinoza Montaño, y Jorge Ivan Vásquez Ocampo, procesados, por haber incumplido los requisitos formales previos a la admisibilidad. Admitir el recurso de casación interpuesto por la doctora Viviana Ordoñez Montaño, Fiscal Especializada de Administración Pública Nº 2, de la ciudad de Loja, únicamente respecto de los cargos: 1) Indebida aplicación del artículo 72 del Código Orgánico Integral Penal, 2) Contravención expresa del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 3) Falta de motivación, establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; e, inadmitir el cargo referente a la inobservancia de los artículos 54 numerales 2 y 3; y, 622 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, por no haber encajado en algunas de las causales válidas del recurso de casación. Admitir el recurso de casación interpuesto por el acusador particular doctor Jorge Jaramillo Ramón, en calidad de Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CASA FÁCIL", respecto al cargo casacional de contravención expresa de los artículos 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; 76. 7 l) de la Constitución de la República, en relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 233 de la Constitución de la República; e, inadmitir el cargo referente a la contravención expresa de los artículos 72 del Código Penal, 145 del Código de Procedimiento Penal; y, 226 de la Constitución de la República del Ecuador, por las razones expuestas en el presente auto.*

Posteriormente, mediante providencia de 28 de abril del 2021, las 15h05, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por los recurrentes, para el día jueves 6 de mayo de 2021, las 11h00, por lo que, en atención a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, el infrascrito Tribunal resolvió declarar la improcedencia de los recursos de casación interpuestos

QUINTO:

CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

5.1 LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum, el 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero, declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de constituir un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado ecuatoriano, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos; por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> "...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a

garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones, como para la elaboración de normas jurídicas..."[6].

En el ámbito material, la Constitución no otorga, más bien, reconoce ciertos principios y derechos a los integrantes de la comunidad, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

"...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: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...".

El derecho a impugnar las decisiones de los jueces es el antecedente constitucional de la casación, medio impugnatorio de índole extraordinaria en materia penal.

Además, la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial- que, como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[7]; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera[8];

En consecuencia, la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de Derechos; al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."[9].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..." (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

[6] Ávila Santamaría, Ramiro; La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

[7] Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: "(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".

[8] Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 186: "Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (…)".

[9] Ávila Santamaría, Ramiro; op. cit., pp. 29,30.

"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

El derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en torno a las garantías judiciales señala que *"...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...".*

Asimismo, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que *"... Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley...".*

En ese contexto, se determina la naturaleza del derecho impugnar las decisiones judiciales, en torno al Estado constitucional de derechos.

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia; sobre este punto, se puede establecer que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas).

En el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las normas expedidas por el legislador, para el ejercicio de este recurso de carácter extraordinario y taxativo, con el objetivo de cristalizar la justicia como fin del aparato judicial ecuatoriano.

5.2) EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A RECURRIR DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...". [10]

El derecho a recurrir se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m):

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: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de recurrir un fallo ante un Tribunal Superior en los siguientes términos:

Artículo 8. Garantías Judiciales (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se

[10] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

establezca legalmente su culpabilidad. 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 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que el derecho a recurrir constituye una garantía fundamental de toda persona inculpada de un delito, en ese sentido, determina que: *"Artículo 14 (…) 5. 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…".*

Ya en el ámbito penal, debemos remitirnos a la regla procesal prevista en el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, que consagra el principio de legalidad en materia de recursos, señalando que *"...La impugnación se regirá por las siguientes reglas: 1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código.…*". En consecuencia, resulta menester indicar que el recurso de casación se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal, y prospera en los siguientes supuestos:

"Art. 656.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, **ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente**.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba...".

De lo expuesto, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación es el de taxatividad, en consecuencia, *"...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[11].

El principio de taxatividad limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Sobre el alcance de las causales de casación, es posible determinar lo siguiente: existe contravención expresa al texto de la ley cuando el juzgador, al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso concreto; por su parte, existe indebida aplicación de la ley cuando el juzgador, al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; finalmente, se verifica la errónea interpretación de la ley cuando el juzgador, al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, deforma el sentido del precepto empleado, otorgándole un alcance distinto al que en realidad corresponde.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

"...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada..."[12].

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza

[11] Rodriguez Ch., Orlando; Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *"...La casación es un recurso limitado, dado que solo permite 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..."*[13].

El doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[14]. Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[15]

En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, pero, cuando específicamente se haya violentado la ley por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*.

De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, exclusivamente por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, falsa aplicación, errónea interpretación[16]–; al Tribunal de Casación.

SEXTO:

ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO

6.1.- Fundamentación del recurso de casación por parte Paul Guerrero Godoy, Defensor Público en representación del Dr. Jorge Jaramillo Román, Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil"; en lo medular sostuvo que:

- Actúa en nombre y en representación de las víctimas, quería manifestar señor Juez Nacional que en el auto de admisión, indicó que solamente estaba admitido por el Art. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, pero también se admitió por el cargo de contravención expresa del Art. 30.1 y 4 del Código Penal.
- Se ha interpuesto el recurso de casación de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la cual en lo principal acepta parcialmente el recurso de apelación de algunos de los acusados y reforma la sentencia venida en grado, reduciendo las penas privativas de libertad de los acusados, principalmente del señor Hugo Espinoza la pena de diez años, al señor Jorge Vásquez la pena de cinco años y al señor Rafael Macas impone la pena de cuatro años, por considerarlos autores del delito de peculado tipificado en el Art. 257 del CP.
- De conformidad con el Art. 656 del COIP se interpuso el recurso de casación ya que la norma infringida en el primer cargo aceptado es la establecida en el Art. 30.1 y 4 del Código Penal que tiene que ver con los agravantes, la contravención expresa del texto, esta causal se configura cuando no se aplica una disposición

---

[12] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

[13] Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

[14] De la Rua, Fernando; El Recurso de Casación, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

[15] Calamandrei, Piero; La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

[16] El Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 360, de 13 de enero de 2000, antes de las reformas del 24 de marzo de 2009, es el cuerpo normativo aplicable en la sustanciación del presente recurso, en virtud de la fecha de inicio del proceso (16 de febrero de 2008). Este cuerpo de leyes, en su artículo 349, preveía como causales taxativas para la interposición del recurso de casación las siguientes: *"...por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente..."*.

jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que después de la valoración probatoria los hechos considerados probados lo hagan en equidad los presupuesto de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

- En palabras de la Corte Nacional de Justicia dado la circunstancia fáctica, el Juez deja de aplicar la norma jurídica pertinente lo que se conoce como error o falta de aplicación. La falta de aplicación se ha dado en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia Loja, Art. 30.1 y 4 del Código Penal ya que existen circunstancias agravantes, esto es utilizar abusando de la confianza, amistad, utilizar el engaño y otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de los ofendidos.
- Este error de derecho se encuentra en la parte dispositiva de la sentencia ya que este delito fue cometido por varias personas que utilizaron el fraude y abusaron de la confianza de los autores poniendo en peligro perjudicando a muchas personas de la sociedad lojana.
- Como ha influido esta sentencia en la decisión de la causa, cuando los Jueces de la Corte Provincial de Justicia aplican atenuantes que no es permitido por la Ley cuando existen circunstancias agravantes están contraviniendo efectivamente el texto de la Ley, por lo que solicito, haciendo un análisis de lo planteado ante ustedes, se corrija este error de derecho se case la sentencia conforme lo he manifestado.
- Además, se ha admitido el cargo de contravención expresa del Art. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con otras normas jurídicas principalmente tiene que ver con la motivación de la sentencia. La sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja debe indicar que no carece de motivación, lógica no es comprensible no es razonable de que la revisión integral de la misma, específicamente en el considerando 18 de la sentencia, pese a que los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Loja invocan que el señor Espinoza Montaño en calidad de gerente, actuó con fraude esto como circunstancia agravante de la infracción, sin embargo del cual, en su parte resolutiva de la sentencia aplica las atenuantes y le bajan la pena. Con estas consideraciones señores jueces, solicito se corrijan los erros de derecho y se acepte el recurso planteado

6.2 Intervención de Fiscalía General del Estado.- Fundamentación del recurso de casación por parte de la Dra. Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado.:

- El recurso de casación que interpone Fiscalía es contra la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia Sala penal, penal militar, penal policía y tránsito de Loja de fecha 16 de junio de 2017, a las 08 horas, en virtud de esta sentencia, acoge parcialmente recurso de apelación por los procesados Hugo Leonardo Espinoza Montaño, Jorge Alvarado, Jorge Iván Vásquez Ocampo, recurrente Rafael Macas Gonzales, Hugo Giovanni Espinoza Segarra y Jessi Mercedes Segarra Valdivieso.
- El recurso de casación que interpongo al amparo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, las normas jurídicas que se han consideradas violadas son el articulo 72 y 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador, y 76. 7 literal "l" de la misma norma.
- Las causales por las cuales se ha escogido este anuncio jurídico es por la indebida aplicación del artículo 76, 72 del Código Penal; por cuanto este error jurídico, la pena no justificada a los procesados dados Iván Vásquez Ocampo y Rafael Macas Gonzales, al haber aplicado lo contemplado en el artículo 76; 29 numeral 6 y 7 del Código Penal, vuelvo a insistir en las agravantes contempladas en el artículo 30 numeral 1 y 4 que hay que actuar con pandilla, alevosía, fraude, astucia, disfraz.
- En este contexto, como proposición jurídica, se debía aplicar el artículo 30.1.4 del C.P. El error jurídico encontramos en la sentencia a partir del considerando octavo de la sentencia recurrida, porque los jueces de instancia realizan el análisis de los elementos facticos probatorios. Este error jurídico realizado por los jueces de apelación influye en que se estaría bajando la pena injustificadamente ante una actuación de los procesados que adecuaron su conducta al artículo 257 del Código Penal que se refiere.
- Como segundo cargo tenemos, la contravención expresa del artículo 233 de la Constitución de la Republica, este error jurídico lo encontramos con exactitud en los considerandos décimo segundo, décimo tercero, al considerar por el tribunal de apelaciones que los procesados Jessi Mercedes Segarra Valdivieso, Hugo Giovanni Espinoza Segarra no tenían las calidades de funcionarios que la Cooperativa de

Ahorro y Crédito "Casa Fácil". De esta forma contraviene expresamente el texto del artículo 233 que claramente señala, en cuanto a la contravención expresa, al probar con doctrina y la jurisprudencia que se configura este error de derecho cuando dada la circunstancia fáctica por probada el juzgador no aplica la norma. En este contexto, en el artículo 233 de la Constitución de la República claramente señala, 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.

- En el argumento principal del yerro jurídico que ocasionan los jueces de apelaciones era reconsiderar que estos procesados no conocían de los ilícitos cometidos por su padre y que además ellos no ocupaban ningún puesto de trabajo público. Lo cual, claramente podemos verificar, sin entrar a un análisis de la prueba, de que los dineros que eran extraídos, abusados, eran depositados en las cuentas de Jessica Segarra Valdivieso y Hugo Espinosa principal procesado por cuanto era el Gerente.
- En este contexto señores Jueces, es claro el error jurídico realizado por los jueces de instancia al haber omitido aplicar una norma constitucional a fin de que los procesados sean sancionados con una ley que manda y adecuada la conducta al 257 del Código Penal.
- Este error jurídico influye ya que es un delito tan conmocionado así no se deje en la impunidad sin pena como sin la reparación integral a los perjudicados. Este grave error jurídico que ocasiona la sala de apelaciones de la Corte Provincial de la Sala Penal, deja deshonrado los derechos de los justiciables.
- Estos dos hechos sin análisis sin explicación correcta influye en la falta de motivación de la sentencia que se está recurriendo, inclusive existe una motivación falsa, incongruente porque en el texto de la sentencia encontramos claramente que el procesado principal Hugo Leonardo Espinoza Montaño que era el Gerente de la Cooperativa, sabía perfectamente todos los actos que se realizaban incluso reconoció en el testimonio rendido en la audiencia de juicio y se determinó que se maquillaron los balances, fraudes y con la astucia y de esa forma actuaron todos sus familiares para cometer el ilícito.
- De esta forma, el juzgador de apelaciones conviene bajando la pena de los procesados antes señalados y revocando en parte la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en Loja con fecha 14 de 2016 han cometido el error grave tanto de la indebida aplicación del artículo 72 cuando debía aplicarse el 30.1.4 debía aplicarse el artículo 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador, y de esa manera justificar la razón de su decisión, pues la sentencia que se está recurriendo carece de elementales justificativos contemplados en el artículo 76.7 "l" de la Constitución además establece la falta de motivación que establecieron la ex Corte Constitucional como es la razonabilidad, lógica y la comprensibilidad.
- La razonabilidad porque no encontramos norma jurídica en la que se ampare correctamente y por otra parte se obvia de aplicar el artículo 233 de la Constitución de la República en la se indica la inocencia para los dos procesados. De esta forma al haberse reconocido en la sentencia por este error que el delito se cometido por un familiar y se termina inclusive dictando la inocencia a los dos procesados y bajando la pena a otros y entonces la sentencia se convierte en incongruente.
- En este contexto, Fiscalía solicita, que, corrigiendo el error de derecho, en la sentencia que se está recurriendo, esto es, 16 de junio de 2017 dictada por la Corte Provincial de Justicia de Loja, se enmiende los errores y se imponga la pena correspondiente a los procesados que se les bajó la pena y a los procesados que dictó inocencia ya que aquellos también se encuentran en el aspecto jurídico del 257 del Código Penal.

6.3 Intervención de la Defensa Técnica del señor Hugo Leonardo Espinoza Montaño; no recurrente; en su representación el señor Abogado Cesar Agusto.-

- Ejercía la defensa técnica del señor Hugo Leonardo Espinoza Montaño, he ingresado digitalmente un documento en el cual comunico a ustedes señores jueces que mi cliente falleció y por lo tanto se ha extinguido la acción

penal referente. En estas circunstancias dejo sentada mi presencia señor Juez.

6.4 Intervención por parte de la Defensa Técnica del señor Jorge Iván Ocampo; en su representación el señor Abogado Fernando Carpio, procesado no recurrente.-

- Voy a intervenir por el ingeniero Jorge Iván Vásquez y referente a las acusaciones realizadas por el acusador particular y por la doctora Zulema Pachacama Nieto, Fiscal de la provincia de Pichincha voy a explicar lo siguiente.
- Primero, no he sido acusado ni he sido notificado por los acusadores particulares. El no ha presentado acusación particular en contra de mi defendido, en primer lugar, eso aclaro.
- Dos, en tal virtud señala en la sentencia relacionado a la aplicación de los agravantes, en la sentencia recogió indudablemente los atenuantes establecido en el artículo 29 del C.P. que estaba en vigencia en esa fecha. Por lo tanto, mi defendido es una persona adulto mayor de 66 años, se ha presentado de forma voluntaria al proceso, se ha presentado la prueba testimonial ante el Juez en el proceso. Por lo tanto, la ejecución de la pena que impuso en esta parte tiene su razón de ser, en el artículo 5 numeral 2 del COIP que tiene relación con el principio de favorabilidad y tiene relación con el principio 4 Código Penal y tiene relación con el principio In dubio pro reo en armonía con el 76.5 que en conflicto entre dos leyes se aplicara la menos rigurosa.
- Por estas circunstancias la acusación particular no tiene fundamentos legales para poder, bajo eso en esta audiencia estamos los recursos planteado acogidos por la Fiscalía y la acusación particular. Además de eso señores Jueces aquí se ha venido manifestado que se ha cometido este delito de peculado donde mi defendido ha sido acusado por el mismo, al haber cometido fraude. Debo expresar, que desde un principio plantee la nulidad absoluta en este proceso en contra de mi defendido, por cuanto se juzgaba por ser gerente de la asolación de vivienda "Casa Fácil", una institución privada que fue conformada por el ingeniero Hugo Espinoza y el arquitecto Jorge Muñoz, por el documento público y que por lo tanto esa sociedad de hecho está plenamente señalada tanto que la ex superintendencia de compañía popular y solidaria, la doctora Carmen Carrasco o los peritos autores que intervinieron en este proceso se determinó de que la responsabilidad que tenía Jorge Iván Vásquez Ocampo era de gerente de esa sociedad de hecho y que por lo tanto la sentencia no ha recogido en primera y segunda instancia este principio fundamental que indudablemente elimina la sentencia para conocer que quien se a una persona con ser gerente de una sociedad de hecho.
- Se acusa de que realmente hemos cometido fraude porque mi defendido ha cometido fraude. Yo considero, que sí, estoy de acuerdo con lo que dice la Fiscalía y la acusación particular de que existe fraude, pero el fraude desde el punto de vista no distorsionado por la Fiscalía y la acusación particular por lo que existe verdaderamente fraude.
- Por lo tanto, la Fiscalía, con la dictada sentencia acogieron el informe de una doctora que erró el artículo 26 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, porque ella no tendría capacidad legal para presentar informe alguno que ha sido parte fundamental para dictar esta sentencia y hay omisión de aplicación de esa norma por parte de los Jueces y la Fiscalía violando el derecho a la seguridad jurídica de mi defendido. Hay fraude señores jueces cuanto se viola el artículo 272 del COIP cuando se presenta y se actúa con informes sin haber determinado los estados financieros de la asociación y vivienda "casa fácil" que es diferente a la cooperativa de ahorro y crédito de "Casa Fácil" que son dos instituciones diferentes por ambas instituciones tienen socios diferentes, porque la asociación de vivienda casa fácil está constituida para desarrollar proyectos.
- Quiero referirme al artículo 47. 1 a lo que se refiere la Fiscalía y acusación particular porque están diciendo que mi defendido ha cometido fraude y no puede haber fraude en un delito donde él no cometido. NO puede ser acusado una persona de fraude señores Jueces, porque los valores que a él simplemente le inculpan de que se llevó, no pertenecen a la cooperativa "Casa Fácil". Señores Jueces no tiene asidero alguno lo que dice la acusación particular y la Fiscalía en cuanto al fraude por cuanto, hasta la presente fecha pongo a su conocimiento no se ha entregado ni la Fiscalía ni la acusación particular valores que no han sido contabilizados por 611 mil dólares que se acusa a mi defendido por haber cometido fraude.

- Señores Jueces también acusan a mi defendido con el articulo 47 numeral 5 del COIP, esto es haber actuado en pandilla y no he explicado absolutamente nada de que forma mi defendido actuó en pandilla, él es y fue gerente de la asociación de vivienda casa fácil el administro valores que según la auditora y la perito, contradictorio en sus informes, utilizó valores para determinados conocidos dentro del proceso y el trabajo en eso, no utilizó ni un solo centavo de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Casa Fácil, no existe valor alguno porque son personas diferentes por eso yo estoy de acuerdo de que existe una relación de principio constitucional del artículo 76.7.l la falta motivación en esta sentencia porque se ha distorsionado la verdad de los hechos se ha violado las normas contempladas en el artículo 5. 21 .3; 80 y 83 C.P porque se ha violentado la seguridad jurídica y a tutela judicial de mi defendido, cuando se ha distorsionado los ingresos y valores correspondiente que a él le tocaba administrar eran totalmente la cooperativa por eso es que no puede ser juzgados por un delito de peculado por eso es que hay un clara relación al principio de motivación porque no hay pertinencia de los hechos denunciados y sancionados porque son contradictorios, no hay lógica jurídica alguna que vincule a Jorge Iván Vásquez con la cooperativa de ahorro y crédito en su calidad de gerente.
- Yo he venido planteando señores jueces, la nulidad absoluta en el caso concreto de mi defendido porque existe la clara violación al debido proceso a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica no existe motivación alguna en cuanto se refiere a identificar los hechos a identificar las normas jurídica establecidas en relación al delito que se investiga, porque existe, señores jueces, fraude procesal y conforme lo hemos denunciado a su conocimiento a la Fiscalía de Loja para que se investigue este fraude de proceso porque se han quedado fuera los informe de auditoría porque es la razón que planteamos definitivamente que se tome en cuenta que existe nulidad absoluta en el proceso que se sigue a mi defendido y concomitantemente pedimos que sea declarada la nulidad al haberse declarado la vulneración jurídica y subsidiariamente pido que no casen el recurso interpuesto por violar el artículo 76 y 78 de la norma constitucional.

6.5 Intervención por parte de la defensa técnica del señor Rafael Macas Gonzales; en su representación el señor Abogado Galo Ortega Criollo. Procesado no recurrente.

- Ejerzo la defensa técnica del sentenciado Rafael Maira Macas Gonzales. En primer lugar, coincidir con la alegación del colega anterior, respecto a mi defendido, no se interpuso una acusación particular consecuentemente no se estableció una relación jurídico procesal y por ello no voy a dar contestación a la fundamentación que presento acusación particular sino me voy a centrar en la fundamentación que efectuó Fiscalía General del Estado.
- Fiscalía General del Estado manifiesta que, en relación a mi cliente, en la sentencia se ha aplicado indebidamente el artículo 72. Esto ha permitido que opere las circunstancias atenuantes cuando había las circunstancias agravantes previstas en el artículo 30.1 y 4. En ninguna parte de la sentencia, los jueces sostienen que hayan probado la existencia de circunstancias agravantes. Es por ello que no existe indebida aplicación del artículo 72 por cuanto esta norma permite reducir la pena cuando se ha probado la existencia en el caso de mi cliente dos circunstancias atenuantes y ningún agravante.
- El desarrollo de esta disminución de la pena consta de suficiente motivación en la sentencia. Haciendo énfasis, Fiscalía sostuvo que, en la parte de la sentencia, aplicando lo parámetros de razonabilidad, lógica y procesabilidad ya no es aplicable. Esto en virtud que la nueva Corte Constitucional ha superado estos parámetros, y simplemente habla la nueva Corte Constitucional de los parámetros de suficiencia y pertinencia., consecuentemente si sometemos a esto, la motivación, encontramos que existe la suficiente motivación puesto que los jueces hablan claramente de cuales son las normas aplicables en este caso el Art. 72 Código Penal, igualmente la pertinencia de la conducta de mi cliente de los hechos probados de los que pueden establecerse. Es por esto que solicitamos que no se case la sentencia.

6.6. Intervención por parte de la Defensa Técnica de la señora Jessica Mercedes Segarra Valdiviezo; en su representación el señor Abogado el Dr. Luis Montoya Carrión. Procesada no recurrente.

- En relación a mi defendida Jessica Segarra, Fiscalía ha presentado recurso de casación y

obviamente se refiere exclusivamente a lo que respecta la contravención expresa del artículo 233 de la CRE. No me voy a referir a los otros cargos porque no tendría nada que ver con mi defendida. Dice Fiscalía que en este caso existiría contravención expresa del articulo 233 porque ese habría sido el motivo para absolver a la procesada. Esa situación es falsa, señores jueces, es muy diferente en que Fiscalía justifique el Tribunal ha determinado que existe responsabilidad en los hechos sometidos a juicio, han sido catalogados como delito en que la participación de la procesada corresponde una pena, pero que aparentemente la constitución no permitiría juzgar a tal persona, esto es falso, no es así.

- Fiscalía cuando fundamenta su recurso lo hace de manera errónea señores Jueces, por los aspectos fundamentales, el artículo 656 cuando se refiere al recurso de casación establece de manera muy clara en el inciso final, no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos ni de nueva valoración de la prueba, implica este Código Orgánico Integral Penal, ahora también es prohibido revalorizar hechos y esos es lo que pretende Fiscalía, de que se proceda a revalorizar hechos. No ha determinado de manera concreta Fiscalía que parte de la sentencia determina que existen hechos de responsabilidad en contra de mi defendida.
- Se ha referido de manera muy concreta considerando décimo segundo de la sentencia si pero si revisamos el considerando décimo segundo establece claramente la motivación del Tribunal sobre los tres aspectos que Fiscalía en su momento oportuno determino como hechos de presunta responsabilidad y la Sala de Garantía Penales de Loja procede aclara, en este caso, porque cada hecho, estos tres que se menciono por parte de Fiscalía, han sido debidamente determinados como una conducta no penalmente relevante en relación a Jessica Mercedes Segarra. Entonces el Tribunal concluye en esta sentencia determinar no existe la posibilidad de sancionar extraneus como dice la doctrina sino por el contrario porque los hechos de los que se acusan a mi defendida no se subsumen al nexo de responsabilidad penal.
- Que en síntesis los elementos de convicción recogidos por Fiscalía no permiten atribuir a la procesada concurso de acción de voluntad en la comisión del delito acusado, sino que ninguna persona puede ser considerada responsable por un hecho punible es más existe duda sobre si la procesa con conocimiento y voluntad y dolo directo efectuado actos contrarios a la ley o tan solo cumplió con su rol de cónyuge el gerente de la Cooperativa Casa Fácil quien poseía el dominio del hecho de resultado sobre los actos ejecutados en la referida cooperativa.
- Tampoco encontramos convencimiento pleno como ayudo a su cónyuge en el resultado del delito. Concluye de manera correcta el tribunal de apelación haciendo el análisis como manifestó cada uno de sus aspectos que indicó Fiscalía en su momento de apelación.
- Se les está solicitado a ustedes que vuelvan a revalorizar prueba y eso es incorrecto en un recurso de casación. Dice demás que se están dejando en impunidad este delito y que es se está dejando sin reparación integral. Falso señores Jueces, existe una condena, existen procesados que han sido condenados a una pena respectiva.
- Fiscalía no ha fundamentado de manera correcta el recurso de casación con esa tecnicidad que se requiere, no está determinado en la sentencia como influye la decisión de la causa y finalmente que se está pidiendo a ustedes que se vuelvan a revalorizar pruebas y hechos lo cual es impertinente en un recurso de casación. Por tales motivos debe ser rechazado el recurso y no se puede casar la sentencia

6.7. Intervención por parte del señor Hugo Giovanni Espinoza Segarra; en su representación el señor Abogado Fernando Pink. Procesado no recurrente.

- El señor Hugo Giovanni Espinoza Segarra hijo del señor Hugo Espinoza Montaño quien un tiempo atrás se declaró extinta la acción en contra del ciudadano, mi actual defendido, con esta aclaración quisiera referirme primero al recurso de casación interpuesto por Fiscalía, se refiere a dos causales que constan en el artículo 656 del COIP, la primera contravención expresa al texto y la segunda causal es por haber hecho una indebida aplicación.
- Existe abundante jurisprudencia nacional en la cual se refiere que por principio de taxatividad tiene que mencionarse de una manera precisa y concreta. Igualmente tiene que presentarse la presente la sentencia recurrida, de manera exacta, de fecha de hora y quien la dictó, lo cual en el recurso propuesto de manera estricta no se lo ha hecho, y en este momento la fundamentación se la ha hecho parcialmente.

- Igualmente, en la interposición del recurso se ha referido a varias normas inobservadas tanto de la Constitución y del COIP, pero al momento de fundamentarlas solo se refiere específicamente al artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador. Con este antecedente, y antes de entrar a la fundamentación que se dio en su momento, quisiera que se tome en cuenta, debido a que en este recurso se refiere a cosas que Fiscalía ya lo dijo no se está refiriendo a la sentencia recurrida Fiscalía, es algo importante dejarlo en su conocimiento señores magistrados.
- En cuanto a la fundamentación que se la ha hecho en este momento de la sentencia por parte de la acusación al hablar del artículo 233 de la constitución respecto a Hugo Espinoza Segarra se refirió al señor Hugo Espinoza Montaño padre de mi cliente que como ya lo manifesté, ya falleció entonces solo se refirió a la ejecución de la pena del señor Hugo Espinoza Montaño, y del señor Macas y del señor Vásquez, en cuanto a mi defendido no lo fundamentó tan solicitó el artículo 233 de la CRE.
- En lo que respecta a Fiscalía y al artículo 72 del Código Penal en razón de que, no es con respecto a mi cliente sino con respecto a otro procesado, pero si con respecto al artículo 233 de la CRE. Porque se dijo por parte de Fiscalía, porque que ha habido un error jurídico se ha omitido textualmente aplicar una norma constitucional. Primeramente, yo quisiera poner en su conocimiento señores magistrados, entiendo que tanto ustedes como la representante de Fiscalía no conoce mayormente este proceso y lamentablemente la fiscal que conoció esta causa está induciendo a error a ustedes señores magistrados y a la representante o delegada de la Fiscalía General del Estado. Estamos frente a un delito de peculado bancario, al ser un delito de peculado bancario todos los funcionarios son privados, aquí no hay procesados o funcionarios públicos, las personas sentenciadas dentro del proceso que como bien dijo el abogado que me antecedió, ya fueron sentenciados, este delito no ha quedado en la impunidad y con esta aclaración si quisiera referirme al numeral décimo tercero de la sentencia en cuestión, de la sentencia recurrida, el cual se refiere exclusivamente al señor Hugo Giovanni Espinoza Segarra, señores magistrados, con respeto quiero solicitar simplemente se revise textualmente este considerando de la sentencia recurrida, en el considerando se refiere varias razones por las cuales se declaró inocente al Señor Hugo Espinosa Segarra especialmente revisen que porque Hugo Espinoza Segarra no tuvo el dominio de este hecho no se ha llegado a demostrar de que él conocía estos actos, no se ha llegado demostrar que él tuvo un beneficio propio por el cometimiento de este delito; en la parte pertinente me voy a permitir leer con su venia señores magistrados una fundamentación que hacen los señores jueces de la corte provincial de Loja ni aún en los casos de concierto previo se supone que el conocimiento del plan efectivo es un suficiente cuando no va acompañado de una acción importante que permite establecer un dominio funcional del hecho.
- En este contexto es necesario resaltar que al existir una relación de familia se fomenta una confianza social lo cual ha sido determinante para poder verificar que la persona que ejecutó todos los actos fue el señor Hugo Espinoza Montaño.
- El señor Hugo Espinoza Segarra no puede responder como autor del delito de peculado bajo los siguientes aspectos: no tenía la calidad de autor porque los hechos y circunstancias que pueden atribuirse al procesado son insuficientes para subsumir su conducta en alguna de las causas constantes en el artículo 42, entonces aquí vemos qué analizado detenidamente en el citado acápite de la sentencia recurrida no es que se refiere porque en el artículo 233 menciona que todos los funcionarios públicos son responsables y que al no ser Hugo Espinosa Segarra funcionario público, es inocente; aquí se está cometiendo un error gravísimo señores magistrados, insisto que se revise los fundamentos que sirvieron de sustento para la Corte Provincial para declarar la inocencia de Hugo Espinosa Segarra fueron otros totalmente distintos, entonces no se puede hablar de qué ha habido una falta de aplicación, o una errónea aplicación o una inobservancia de la norma respecto al artículo 233 porque insisto éste no fue el sustento.
- Para concluir con mi intervención, si quisiera referirme a unas palabras que dijo la representante de Fiscalía ya teniendo claro lo que sucedió con respecto a esta artículo 233 y cuáles fueron los fundamentos que tuvo la Corte Provincial para para ratificar el estado de inocencia

de Hugo Espinosa Segarra qué pretende, ahora Fiscalía, que se valora nuevamente la prueba lo cual señores magistradas Ustedes muy bien conocen que no es razón o motivo de este recurso, por mandato de la ley está prohibido valorar nuevamente la prueba.

- Qué dice Fiscalía en sus aseveraciones es que de la sentencia o de lo que obra del expediente se demuestra que el señor Hugo Segarra si conocía de estos datos fraudulentos entonces al decir eso que se pretende, no se pretende que ustedes vean si existe o no existe las causales de terminadas en el 656 si no lo que se pretende es que ustedes vuelvan a valorar la prueba lo cual insisto es prohibido.
- Se refiere por parte de Fiscalía una falta de motivación, una motivación falsa pero esto sólo quedó en palabras que se lleva el viento por qué el criterio de representante de Fiscalía no se ha motivado debidamente porque debía haberse impuesto los criterios que son de ella pero de lo que se revisa de esta sentencia, esta sentencia está debidamente motivada, debidamente razonada, entonces, la falta de motivación a criterio específico de los jueces que la dictaron no se puede pretender que porque el criterio o razonamiento de la Fiscalía que es otro no se diga que hay la falta de motivación, la sentencia está correctamente motivada razón por la cual al referirse a una falta de motivación no se ha explicado y más bien por parte de Fiscalía no se ha fundamentado o motivado cuales son las razones por las cuales se refiere que no hay una motivación. En virtud de lo manifestado, solicitó señores magistrados, se deseche este recurso de casación indebidamente interpuesto.

6.8.- Réplicas.- Por parte Paul Guerrero Godoy, Defensor Público en representación del Dr. Jorge Jaramillo Román, Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil".

No hace uso de réplica.

6.9.- Fiscalía General del Estado .-

- Señor Juez ponente respecto del recurso de casación respecto de la contradicción efectuada por la defensa **técnica** de Jorge Iván Vásquez pues no ha contradicho nada de lo que dijo fiscalía, se refirió a otras cosas como que esta fundamente el recurso casacional por lo tanto señor juez por todo lo manifestado por fiscalía se confirma por otra parte la defensa técnica de Rafael María Macas Gonzales ha indicado que el Tribunal no ha declarado no ha confirmado agravantes por lo tanto ha aplicado las atenuantes correspondiente por lo cual pues claramente se verifica del texto de la sentencia que fueron más de dos personas que cometieron este ilícito por lo tanto de manera justificada las agravantes del artículo 30.1 y 4 pues existió igual fraude por parte del procesado por otra parte respecto de Hugo Giovanni Espinoza Segarra dice que no he indicado las causales pues es totalmente falso señor Juez.
- Fiscalía al interponer y estar todos los días en este trabajo de recursos casacionales se sabe de memoria lo dispuesto por la resolución 10/2015 de la Corte Nacional y he fundamentado mi recurso casacional estrictamente en base a lo dicho por la Corte Nacional. He señalado la sentencia que se recurre la norma jurídica que ampara su recurso casacional, las normas jurídicas que se creen violadas, las causales que se encuentran previstas en el 656 esto es indebida aplicación en el caso del 72 contravención expresa en el caso del 233 y 76.7 de la Constitución e inclusive he señalado la proposición completa respecto a la indebida aplicación esto es el artículo 72 del Código Penal.
- Por otra parte ha señalado que fiscalía ha dicho que los tribunales de apelación omitió aplicar una norma constitucional pero claro que omitió una norma constitucional aquí claramente voy a referirme a lo que dice Hugo Segarra en la parte pertinente, Giovanni Espinoza Segarra hijo el gerente de "Casa Fácil" Hugo Espinoza Segarra Montaño no tenía las calidades de funcionario o empleado, trabajador o que forme parte de los consejos de administración por lo que no tendría la calidad de sujeto calificado para participar en el delito de peculado lo cual había yo leído la parte pertinente del artículo 233 lo cual se constituye un error jurídico por parte del tribunal de apelación.
- De igual manera dice que fiscalía ha solicitado valoración probatoria o revaloración probatoria lo cual es totalmente falso, a ningún momento he pedido que se revalorice la prueba pues es de conocimiento de fiscalía y por disposición legal está vedado para el Tribunal de casación revalorar la prueba sino únicamente corregir los errores de derecho revisados por los Jueces de instancia, que así lo he solicitado.
- Por otra parte respecto de Jessi Mercedes Valdivieso de igual forma he manifestado claramente que existe contravención expresa del artículo

233 de la constitución porque de igual manera voy a leer únicamente la parte pertinente dice claro está que la señora Jessi no tenía las calidades de funcionaria, socia, empleada trabajadora o que forme parte de los consejos de administración de casa fácil porque no tendría la calidad de sujeto calificado, o sea el argumento es igual al de Hugo Espinoza Segarra de esta forma el Tribunal de apelaciones comete un error jurídico esto respecto de la contravención expresa del artículo 233 de la CRE y reitero, Fiscalía a ningún momento ha solicitado revaloración probatoria.

6.10.- Abogado defensor del señor Hugo Giovanni Espinoza Segarra.

- Fiscalía pretende que se valore la prueba porque dijo la motivación, maquillado los balances, cometieron fraudes, se beneficiaron sus familiares particularmente conocían ellos, entonces al pedir esto por parte de fiscalía que se pretende que se entre valorar y analizar la prueba lo cual insistió fiscalía conoce muy bien que no se lo puede realizar, con respecto a lo que dijo y con esto ya concluyo no tenía la calidad como esta en la sentencia de funcionario de la cooperativa "Casa Fácil" el señor Hugo Espinoza Segarra pero esto es uno de los fundamentos con los cuales se sustenta y que se dice en la sentencia, no tendría las calidades de funcionario empleado trabajador o que forme parte de los consejos de administración y vigilancia de la cooperativa "Casa Fácil" por lo que no tendría la calidad de sujeto calificado para participar en este delito, es decir no tenía el dominio. Insisto el artículo 233 de la CRE hace la diferencia que también los funcionarios privados son responsables del delito igualmente que los funcionarios públicos que estamos frente a un delito de peculado bancario ninguno de los procesados es funcionario público.

6.11.- Abogado defensor del señor Jorge Iván Vásquez.

- Considero que en el décimo octavo de la sentencia los señores Jueces de la Sala de lo Penal para analizar la reducción de la pena fundamentado en el principio de proporcionalidad en el artículo 76.6 de la CRE porque en base a eso, expresado al alcance de los otros procesados y el señor Jorge Vásquez Ocampo, es decir está fundamentado constitucional y legalmente. Dos, nosotros hemos dichos señores Jueces la disposición el artículo 5 numeral 2 que es una ley nueva, en el transcurso de los hechos que se han investigados y a la promulgación del nuevo COIP tendría relación con el artículo 76.5 de la CRE esos son los fundamentos de la señora Fiscal y a más de esos señores Jueces pido que se tome en cuenta lo que dice la propia sentencia que el numeral décimo sexto dice que mi defendido el Ing. Jorge Vázquez se llevó 559.472 dólares en perjuicio determinado por abuso en su calidad como gerente de la asociación de proyecto de vivienda "Casa Fácil" y 74.909 dólares, eso dice la sentencia, pero no se dice de que el acusador particular y con conocimiento de la Fiscalía en la ciudad de Loja vendieron el edificio san José y recibieron $611.000 dólares que no ingresaron a la contabilidad de la asociación.

6.12.- Abogado defensor del señor Rafael Macas.

No hace uso de su intervención.

6.13.- Abogado defensor Luis Montoya Carrión, en representación de la señora Jessica Mercedes Segarra.

- Señor Juez la señora Fiscal nos indica de que en este caso en la parte de la sentencia considerando décimo segundo se manifiesta que claro está que la señora Jessi Segarra no tenía la calidad de funcionaria empleada trabajadora, socia o formaba parte de los consejos de administración y vigilancia de la Cooperativa Casa Fácil pero señores jueces la señora delegada está descontextualizando la sentencia ese es el argumento que tenía Fiscalía de Loja para imputar en este caso los cargos contra mi defendida, no es que el Tribunal está resolviendo aquello, solo los cargos que Fiscalía mismo imputó a tal punto que la misma Fiscalía dijo a continuación; ahora bien, en el campo de los sujetos no calificados en el delito de peculado la doctrina establece lo denominado extraneus. Entonces imaginémonos lo que pretende Fiscalía descontextualizar la sentencia con el fin de sustentar su recurso de casación, con esto nos damos cuenta que pretende revalorar la prueba y revalorar los hechos lo cual está prohibido en casación y consecuentemente no debe casarse.

SÉPTIMO:

ANÁLISIS EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA POR LOS RECURRENTES, JORGE JARAMILLO ROMÁN, PROCURADOR COMÚN DE LOS PERJUDICADOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "CASA FÁCIL"; y, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; CON LA

FINALIDAD DE SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO DENTRO DEL CASO SUB JUDICE.

7.1 El principio dispositivo[17], conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, rige todas las etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales; es por ello que, la fase de admisibilidad, dentro de la sustanciación del presente medio extraordinario de impugnación, tiene por finalidad establecer el perímetro al que deben ceñirse los argumentos de los sujetos procesales e la audiencia. En este sentido, cabe destacar que, mediante auto de fecha 9 de enero del 2019 a las 12H34, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, luego del correspondiente examen de admisibilidad, determinó, que recursos superan el análisis de admisibilidad, así como que cargos son aceptados para ser discutidos en audiencia, es así que tenemos:

A) Admitido el recurso de casación interpuesto por Viviana Ordoñez Montaño, Fiscal Especializada de Administración Pública N° 2, de la ciudad de Loja, únicamente respecto de los cargos:

> 1) **Indebida aplicación** del artículo 72 del Código Orgánico Integral Penal, (es un lapsus de la sala de admisión pues la casacionista hace alusión al art. 72 del Código Penal; siendo también a esta norma a la que se ha referido en la fundamentación oral)
>
> 2) **Contravención expresa** del artículo 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador; y,
>
> 3) **Falta de motivación**, establecido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la Republica;

B) Admitido el recurso de casación interpuesto por el acusador particular Jorge Jaramillo Ramon, en calidad de Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CASA FACIL", respecto al cargo casacional de

> 1) **Contravención expresa** de los artículos 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; Art. 76. 7 literal "l" de la Constitución de la Republica, en relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 233 de la Constitución de la República.

Por consiguiente, la fundamentación del recurso de casación interpuesto por los recurrentes, debía circunscribirse específicamente a cada cargo admitido.

La Corte Constitucional, al analizar el recurso de casación en materia penal, determinó que:

> (...) 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 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 (…).[18]

7.2 Premisas de carácter inaugural, en el análisis del recurso de casación *in examine*.-

Previo al examen de los planteamientos esgrimidos por cada impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, se considera necesario sentar la siguiente premisa: el recurso de casación es un medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia objetada; por ende, la labor intelectiva de este Tribunal debe concretarse en la resolución dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 16 de junio de 2017, las 11h36.

El control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación jurisdiccional de garantizar a los justiciables la adecuada aplicación del derecho en la resolución del asunto litigioso, y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este

[17] Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. 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.

[18] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP

examen no supone el inicio de una nueva instancia, dado que, no otorga a los jueces la facultad de revisar o modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales; esta actividad le corresponde privativamente a los Jueces de instancia, por consiguiente, la incursión en cualquiera de estas potestades, en sede casacional, supone la violación al principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 8[19] del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sin embargo, se debe destacar que, no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, pues, el carácter limitado de este medio impugnatorio, también se manifiesta en la necesidad de que el error de derecho alegado, se derive de un vicio *in iudicando*, es decir, un equívoco cometido por el Juzgador, en el proceso intelectivo de construcción de su decisión, en los aspectos que atañen al fondo de la controversia, además, los yerros *in iudicando* deben cometerse bajo una de las tres modalidades exclusivas y excluyentes previstas en el ordenamiento jurídico[20], y deben ser trascendentes, es decir, deben tener tal incidencia, que de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido radicalmente distinta.

En razón de las consideraciones expuestas, es posible colegir que, el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación se manifiesta en tres dimensiones:

1.- Constituyen materia de casación solo los errores de derecho.

2.- Los errores de derecho susceptibles de casación son aquellos que la doctrina los denomina *in iudicando.*

3.- El yerro *in iudicando* planteado en casación se rige por los principios de taxatividad, trascendencia y no debate de instancia.

Partiendo de estos presupuestos, al infrascrito Tribunal de casación le corresponde realizar un estudio analítico, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por los impugnantes en la audiencia de fundamentación de su recurso, con la finalidad de establecer si, en efecto, dichos argumentos acreditan la incursión del Tribunal *ad-quem* en el yerro de derecho admitido.

7.3 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

7.3.1.- Sobre la <u>Indebida aplicación</u> del artículo 72 del Código Penal.- El análisis de este yerro de derecho nos plantea una necesidad de carácter liminar, esto es, la determinación del alcance de la causal de casación invocada por el recurrente, por consiguiente, se advierte que, existe indebida aplicación de la ley cuando los juzgadores, han utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que los hechos que ha considerado probados tras la valoración de la prueba, no guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa.

> ***"Art. 72**.- Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:*
> *La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.*
> *La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.*
> *La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.*
> *La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.*
> *La reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.*

[19] Art. 8.- Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.
Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

[20] Art. 656.- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por <u>contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente</u>.

La reclusión menor ordinaria de seis a nueve años se sustituirá con prisión correccional de dos a cinco años.
La reclusión menor ordinaria de tres a seis años se sustituirá con prisión correccional de uno a tres años."[21]

Fiscalía sostiene que existe indebida aplicación y el correspondiente error jurídico al haberse aplicado atenuantes a dos co procesados Iván Vásquez Ocampo y Rafael Macas Gonzales; cuando existían las agravantes cómo son la astucia, el fraude y la pandilla conforme los numerales 1 y 4 del artículo 30 del Código Penal; así, refiere que existe error jurídico por los elementos fácticos; a más de que se ha reducido la pena de forma injustificada pues se ha probado que los involucrados son autores del delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal.

Frente a esta alegación de Fiscalía en calidad de recurrente; es de preguntarnos:

¿Fiscalía al indicar a su criterio que el hecho se habría cometido con astucia, fraude o pandilla, está solicitando que este Tribunal, entre a trastocar los hechos que el Tribunal Ad quem los ha dado por justificados?

La respuesta es evidentemente que SI; Fiscalía a más de aquello, no ha indicado la parte de la sentencia cuestionada, en donde se verifica existiría el yerro jurídico; entonces, si bien es cierto refiere la norma que a su juicio debió aplicarse, esto es la del Art. 30 Nro. 1 y 4 del Código Penal; no culmina la argumentación adecuada, para justificar la trascendencia del yerro en la decisión y sentencia de la causa.

Los hechos fijados como ciertos en la sentencia impugnada resultan inalterables en sede de casación, pues, éstos nacen del ejercicio intelectivo de valoración de los elementos de prueba, potestad privativa de los Jueces de instancia.

Este criterio se encuentra plasmado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que prohíbe expresamente a los Jueces de casación ejercer la potestad de valorar el acervo probatorio.

Conforme enseña el tratadista Michelle Taruffo, el litigio o contienda judicial tiene su génesis en la determinación de los hechos sometidos a examen. En el proceso penal, que se rige por los principios acusatorio, contradictorio y adversarial, las partes procesales desarrollan, en el marco de la igualdad de armas, un debate que se circunscribe en la determinación sobre la existencia de ciertos hechos de relevancia penal[22]; agrega el mentado tratadista que *"...la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el Tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa..."*[23].

Ahora bien, ¿Qué les permite a los Juzgadores poner fin al litigio, llegando a una conclusión jurídica, mediante el ejercicio subsuntivo?

Solamente la adecuada actividad intelectiva de justipreciación o valoración de los elementos de prueba, permite al juzgador llegar a determinar la verdad sobre los hechos sometidos a litigio. Por tal razón, es posible determinar que los medios de prueba cumplen la finalidad de acreditar la secuencia causal de un determinado relato fáctico; siguiendo a Taruffo, tenemos que:

"..."De forma más o menos clara, los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: "medio de prueba" es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa..."[24] (Énfasis nos pertenece).

El Tribunal Ad quem; al respecto en la sentencia impugnada refiere y da por probado lo siguiente:

"(…)En relación a los co- procesados Rafael María Macas González y Jorge Iván Vásquez Ocampo, dice el Tribunal ad quem, que reconoce atenuantes a su favor ***por no existir agravantes en su contra****. En efecto, vemos que los referidos acusados, han presentado prueba testimonial que dan cuenta de su*

[21] **CODIGO PENAL, Estado: derogado**. Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene.-1971. Ultima modificación: 10-feb.-2014
[22] Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.
No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.
[23] TARUFFO, Michelle; Teoría de la Prueba; Ara Editores; Perú; 2012; p.13.
[24] TARUFFO, Michelle; *op.cit;* p.13.

ejemplar conducta y que no son personas peligrosas para la sociedad. Por lo tanto, sumado a esto la prueba de que no registran antecedentes penales, ***este Tribunal declara probado que en favor de los indicados acusados obran las atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal****, que en su orden dicen: "6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; 7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso". Por lo tanto, procede la disminución de la pena conforme el inciso tercero del Art. 72 del mismo Código, que dice: "Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera….La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años". En la especie el delito de peculado, según el Art. 257 del indicado cuerpo legal, está sancionado con pena de reclusión de ocho a doce años.(…) (Sic) (énfasis me pertenece)*

En el fallo lo que hace el Juzgador Ad quem; es analizar que respecto a los ciudadanos Rafael María González Macas y Jorge Iván Vázquez Ocampo no existen circunstancias agravantes en su contra; y, lo que dice la Sala Penal es que los referidos acusados han presentado prueba testimonial y documental de ejemplar conducta y de que no son peligrosos; por eso es que el Tribunal de apelación de la Sala Provincial de Loja establece el quantum de la pena que Jorge Iván Vázquez Ocampo deba cumplir 5 años de reclusión mayor; y, que Rafael Macas González deba cumplir 4 años de reclusión, ello en base a la fórmula establecida en el artículo 72 del Código Penal inciso cuarto.

Así, queda claro, que Fiscalía en el presente cargo, busca que este Tribunal, revalore prueba, a fin de que se entienda que los co procesados, mantendrían circunstancias agravantes, situación vedada para este Tribunal en conformidad con lo previsto en el Art. 656 del COIP; inclusive se hace notar que el Tribunal Ad quem, que ha valorado la prueba, ha indicado que no existen para los mentados procesados circunstancias agravantes; y que, más bien ha determinado que existirían atenuantes en su favor. Ergo, el cargo indicado no tiene asidero jurídico; más bien denota inconformidad con la decisión del Tribunal Ad quem; por lo tanto no existe indebida aplicación del Art. 72 del Código Penal.

7.3.2. **Contravención expresa** del artículo 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador. El análisis de este yerro de derecho nos plantea una necesidad de carácter liminar, esto es, la determinación del alcance de la causal de casación invocada por el recurrente, por consiguiente, se advierte que, dicha causal se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos que ha considerado probados, tras la valoración de la prueba, guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa.

La norma invocada consagra:

> ***Art. 233****.- 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.*[25]

Fiscalía sostiene que; de la sentencia cuestionada objeto del presente recurso extraordinario; en los considerandos décimo segundo, décimo tercero, (sin determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho) se encuentra el yerro *in examine*; ante la absolución de dos procesados, al considerar el Tribunal

[25] **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.** Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008

de apelaciones que Jessi Mercedes Segarra Valdivieso, Hugo Giovanni Espinoza Segarra no tenían las calidades de funcionarios que la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil". Refiere además el órgano recurrente, que el argumento principal del yerro jurídico que habrían ocasionado los jueces de apelaciones, era considerar que estos procesados no conocían de los ilícitos cometidos por su padre y que además ellos no ocupaban ningún puesto de trabajo público; así refiere el ente fiscal que los dineros que eran extraídos, abusados, habrían sido depositados en las cuentas de Jessica Segarra Valdivieso y Hugo Espinosa indica además que este grave error jurídico que ocasionaría la sala de apelaciones de la Corte Provincial de la Sala Penal, dejaría deshonrado los derechos de los justiciables. Este Tribunal de Casación se cuestiona ¿La argumentación presentada por Fiscalía en calidad de recurrente, justifica y da cuenta, de una contravención expresa del Art. 233 de la Carta Constitucional, por parte del Juzgador Ad quem?

Para dar una respuesta a dicha interrogante; debemos partir, de que, el órgano recurrente trata dos aspectos en el presente cargo; en primer lugar, refiere que la absolución de Jessi Segarra y Hugo Espinoza, respondería al hecho de considerar que, al ser particulares no se les atribuiría responsabilidad, contrariando la norma invocada en el presente cargo; así, indica Fiscalía que el hecho de que las personas sean particulares en este caso refiriéndose a Jessi Valdivieso y Hugo Giovanni Espinoza Segarra; no les excluye de responsabilidad; y, ese su fundamento que indica no ha tomado en cuenta la Sala Penal para emitir su resolución.

Estando así las cosas, necesariamente tenemos que remitirnos a los hechos, que establece la Sala de la Corte Provincial de Loja en los numerales décimo segundo y décimo tercero de la sentencia recurrida. Respecto a Jessi Mercedes Segarra Valdivieso; en el numeral décimo segundo; de la sentencia impugnada; se verifica que, no es el fundamento que toma la Sala para absolver a la procesada, el considerar que sea o no sea funcionaria pública; funcionaria privada o funcionaria de una cooperativa; porque el fundamento que toma el Tribunal de apelación es que existe una duda razonable en relación a la prueba que ha sido presentada, así lo colige en los literales A, B y C, de dicha resolución en donde se establecen algunos argumentos entre ellos que existe duda si la procesada con conocimiento y voluntad ejecutó actos contrarios a la ley; lo que no conlleva al convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada así al no ser posible el ejercicio subsuntivo; es que se ratifica la inocencia de la procesada por cuanto existe una duda razonable, que no permite enervar su estatus primigenio de inocencia. Por ello, este Tribunal considera que no tiene sustento el cargo casacional planteado en la forma que se lo ha hecho por parte de Fiscalía General del Estado.

Con el mismo fundamento y en la misma línea se establece en el numeral décimo tercero, de la sentencia impugnada; respecto al procesado Hugo Giovanny Espinosa Segarra en las letras "a, b, c y d"; los hechos por los cuales el Tribunal de juzgamiento habría dado por probada o no una responsabilidad de dicho ciudadano en el delito de peculado, pero al resolver nos indica el Tribunal Ad quem; que este ciudadano no habría cometido una conducta penalmente relevante[26] porque tendría una conducta neutral qué la doctrina lo conoce como acciones cotidianas que no llegan o qué si bien podrían haber llegado a favorecer a la comisión de un delito no tienen responsabilidad y no cruza la frontera de la tipicidad; así refiere el Tribunal de la Sala de la Corte Provincial de Loja; que existe una duda sobre si el procesado con conocimiento y voluntad (dolo directo) ejecutó actos contrarios a la ley; así dicho tribunal de apelación también se basa en la duda razonable, para absolver al procesado antes nombrado; más que en el hecho de considerar su condición de funcionario público, particular o funcionario de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Casa Fácil". Entonces no se ha cumplido en este caso por parte del recurrente con identificar y fundamentar el yerro en derecho, en este caso la contravención expresa del Art. 233 de la Constitución.

El segundo elemento que Fiscalía indica debería ser analizado por este Tribunal, es en cuanto a que

[26] Código Orgánico Integral Penal. Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

cuestiona, el hecho de que el Tribunal Ad quem, llegue a la conclusión de que Hugo Espinosa y Jessi Segarra, no habrían actuado con conocimiento en el hecho, cuando refiere que los depósitos habrían sido realizados en sus cuentas; situación que sin mayor análisis, busca que el Tribunal de casación nuevamente entre a valorar prueba, circunstancia vedada jurídicamente de conformidad con lo previsto en el Art. 656 inciso segundo del COIP.

Por todo el análisis *vide supra;* este Tribunal de Casación no considera el cargo presentado de contravención expresa del Art. 233 de la Constitución, así el cargo deviene en improcedente.

7.3.3. Falta de motivación, establecido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la Republica. Así, debemos cuestionarnos si ¿La sentencia cuestionada, dictada por el Tribunal Ad quem, de la Corte Provincial de Justicia de Loja, dictada el 16 de junio del 2017 a las 11H36; vulnera la garantía de motivación?

Se invoca la norma in comento:

> ***Art. 76***.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
> *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
> *l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

La Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto a las diferentes esferas desde las cuales puede verificarse vulneración a la garantía de la motivación; ello a fin de obtener conclusiones, en el caso sub- judice, que lleven a dar una respuesta al problema jurídico planteado; ha indicado que:

> "(…) *no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, precisamente para hacer posible dicho control* .(…)"[27]
> *"[l]a motivación corresponde a la obligación de las autoridades públicas de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. No obstante, es necesario diferenciar la obligación de motivación que tienen las autoridades públicas, de la motivación como garantía constitucional que permite a esta Corte declarar una vulneración del derecho a la motivación. La motivación como garantía constitucional no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica; al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos. En ese sentido, esta Corte ha señalado ya que una violación del artículo76 numeral 7 literal l de la Constitución ocurre ante dos posibles escenarios: (i) la inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión; y (ii) la insuficiencia de motivación, cuando se incumplen criterios que nacen de la propia Constitución al punto que no permiten su comprensión efectiva"*[28].

El argumento fiscal en este punto circunda, en cuanto a que la sentencia de marras se encontraría inmotivada como consecuencia de los dos cargos casacionales analizados *vide supra*; es decir indebida aplicación del Art. 72 del Código Penal; y contravención expresa del Art. 233 de la Carta Constitucional; cargos estos, que conforme han sido analizados no tiene asidero jurídico; por lo tanto el argumento Fiscal pierde soporte al respecto; empero de aquello también refiere que la sentencia del Tribunal Ad quem, estaría inmotivada en razón de que, inclusive existe una motivación falsa, incongruente porque en el texto de la sentencia se manifiesta que el procesado principal *"(…)Hugo Leonardo Espinoza Montaño que era el Gerente de la cooperativa, sabía perfectamente todos los actos que se realizaban incluso reconoció en el testimonio rendido en la audiencia de juicio y se determinó que se maquillaron los balances, fraudes y con la astucia y de*

[27] Sentencia No. 1906-13-EP/20, de 5 de agosto del 2020, parr. 39.
[28] Sentencia Nº 1679-12-EP/20 de 15 de enero de 2020, párr. 44.

esa forma actuaron todos sus familiares para cometer el ilícito.(…)"

Así Fiscalía; nuevamente se refiere a valoración probatoria, y a trastocar los hechos que el Tribunal Ad quem los ha dado por probados; incurriendo este Tribunal en la prohibición normativa del Art. 656 inciso segundo del COIP.

El infrascrito Tribunal observa que la motivación que ha esgrimido el Tribunal de apelación a través de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, es suficiente y es pertinente, así, da contestación a todos los puntos que han planteado los recurrentes de la sentencia de primera instancia, en base a los nuevos parámetros que establece la Corte Constitucional que son suficiencia y pertinencia [29]se verifican cumplidos; es decir la Corte Provincial de Justicia de Loja da respuesta a todos los argumentos que se han planteado, utiliza normas jurídicas, pertinentes; utiliza silogismos y la sentencia es comprensible en todos sus puntos por lo tanto no se observa que exista falta de aplicación ni de principios ni de normas conforme lo dispone el artículo 76.7 letra l de la Constitución de la República así, la motivación y la fundamentación que ha esgrimido la sala es suficiente para este Tribunal, es decir, se ha explicado todos los puntos de hecho y de derecho que han sido controvertidos. Ergo el argumento Fiscal en este punto de su recurso casacional, no tiene asidero jurídico.

7.4 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO EL ACUSADOR PARTICULAR JORGE JARAMILLO RAMON, EN CALIDAD DE PROCURADOR COMÚN DE LOS PERJUDICADOS DE LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "CASA FÁCIL".

7.4.1.- El recurrente presenta un cargo casacional en donde involucra tres normas; así propone **contravención expresa** de los artículos 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; Art. 76. 7 literal "l" de la Constitución de la Republica, en relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 233 de la Constitución de la República.

Conforme ha quedado anotado *ut supra* el infrascrito Tribunal de Casación ha delimitado el alcance del cargo casacional planteado, en cuanto a la contravención expresa del texto normativo.

7.4.1.1.- En cuanto al Art. 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; es necesario invocar la norma en cuestión:

> ***Art. 30**.- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes:*
> ***1o.-** Ejecutar la infracción con alevosía, traición, insidias o sobre seguro; o por precio, recompensa o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; o haberse cometido éste como medio de cometer otro; o perpetrar el acto prevaliéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta;*
> ***4o.-** Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia;[30]*

Refiere el casacionista en su fundamentación que la falta de aplicación normativa se ha dado en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia Loja,

[29] (…)Al respecto, vale resaltar que la motivación no depende de una determinada extensión ya que, en ningún caso, supone un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos -incluso de aquellos no relevantes para la decisión- ni una agotadora explanación de argumentos y razones, resultando perfectamente posible una fundamentación concreta ( ) Por ende, la presentación sucinta y pertinente de las razones jurídicas que fundamentan una decisión no vulnera la garantía de la motivación. (…) SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. Quito, D.M., 10 de septiembre de 2019 Sentencia No. 1128-13-EP/19 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín CASO No. 1128-13-EP

Art. 30.1 y 4 del Código Penal; ya que existen circunstancias agravantes, esto es utilizar abusando de la confianza, amistad, utilizar el engaño y otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de los ofendidos. Este error de derecho se encuentra en la parte dispositiva de la sentencia ya que este delito fue cometido por varias personas que utilizaron el fraude y abusaron de la confianza de los autores poniendo en peligro perjudicando a muchas personas de la sociedad lojana.

De lo anotado, claramente se verifica que el casacionista, no identifica la parte de la sentencia en la que se incurre con el yerro alegado; a más de ello, su argumentación resulta siendo imprecisa al indicar que varias personas utilizaron el fraude para cometer el ilícito, pero lo más cuestionable es que pretende que el Tribunal de Casación valore prueba y determine la existencia de circunstancias agravantes; circunstancia totalmente vedada para este Tribunal, conforme la norma del Art. 656 inciso segundo del COIP ya tantas veces invocada. Los hechos que el Tribunal Ad quem, los dejó por sentados con la prueba valorada, han sido transcritos en el Nro. 7.3.1 de esta sentencia; por lo tanto en virtud de la inmutabilidad de los hechos como uno de aquellos parámetros en sede casacional, los mismos no pueden ser alterados.

Por lo expuesto el cargo casacional propuesto de contravención expresa de la norma 30.1 y 4 del Código Penal, no tiene sustento jurídico para ser aceptado.

7.4.1.2.- En cuanto contravenir expresamente el Art. 76.7 literal "l"; de la Carta Constitucional; dicha norma ha sido ya transcrita en el numeral 7.3.3 de la presente sentencia; dejando constancia que la invoca en relación con el Art. 130.4 del COFJ[31] que igualmente se refiere a la garantía de motivación; así, en torno a lo alegado por el casacionista se tiene en lo medular que; identifica a la sentencia impugnada como carente de motivación, lógica no es comprensible no es razonable de que la revisión integral de la misma, específicamente en el considerando dieciocho de la sentencia, pese a que los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Loja invocan que el señor Espinoza Montaño en calidad de gerente, actuó con fraude, esto como circunstancia agravante de la infracción, sin embargo del cual, en su parte resolutiva de la sentencia aplica las atenuantes y le bajan la pena.

Así, se colige claramente que el casacionista, realiza una fundamentación, abstracta y general, en cuanto a que, a su entender considera que la sentencia impugnada se encontraría inmotivada de la "revisión integral" de la misma, sin indicar, en forma clara el aserto que viene planteando en contra de la sentencia de marras; a más de ello, refiere que dicha sentencia se encontraría inmotivada, en tanto al procesado Espinoza Montaño, no se le habría aplicado agravantes y que más bien se le han aplicado atenuantes para reducir su condena; situación que denota, pretender que el Tribunal de Casación nuevamente busque valorar pruebas o trastocar los hechos que han sido ya sentados por probados para el Tribunal de apelación; a ello se suma el análisis realizado por el infrascrito Tribunal de Casación en el Nro. 7.3.3; razones por las cuales no tiene asidero, la argumentación planteada por el casacionista.

Es de advertir que al casacionista, también se le ha admitido su recurso, en cuanto a contravención expresa del Art. 233 de la Constitución de la República; empero de aquello, en audiencia, nada ha referido respecto a dicho cargo, por lo tanto el Tribunal no se pronuncia en torno al mismo.

7.5.- OTRAS CONSIDERACIONES:

7.5.1.- Conforme certificación dada por parte de secretaría y en base al principio de buena fe y lealtad procesal que debe caracterizar a los abogados y a los sujetos procesales inclusive a los propios jueces y la certificación concreta que se ha emitido en esta diligencia; se desprende que el ciudadano

[30] **CÓDIGO PENAL,** Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene.-1971. Ultima modificación: 10-feb.-2014

[31] **Art. 130.**- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:
4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;

sentenciado Hugo Leonardo Espinoza Montaño habría fallecido; así; de conformidad a lo dispuesto en los artículos 97 del Código Penal [32]y 72.3 del Código Orgánico Integral Penal se declara la extinción de la pena por su fallecimiento es decir por la muerte de la persona sentenciada.

7.5.2.- En torno a las alegaciones, de los procesados Jorge Iván Ocampo; Rafael Macas Gonzales; Jessica Mercedes Segarra Valdiviezo; Hugo Giovanni Espinoza Segarra, se advierte que no son recurrentes; empero han solicitado que la sentencia impugnada no sea casada, en esta sede; situación analizada por el Tribunal, conforme ha quedado desarrollado en el contenido *ut supra* de la presente sentencia.

En razón de las consideraciones expuestas, el infrascrito Tribunal ha llegado a la siguiente conclusión: los cargos casacionales presentados por Fiscalía General del Estado 1) **Indebida aplicación** del artículo 72 del Código Penal; 2) **Contravención expresa** del artículo 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador; y, 3) **Falta de motivación**, establecido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la Republica; así como el cargo presentado por el acusador particular Jorge Jaramillo Ramón, en calidad de Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CASA FACIL", **Contravención expresa** de los artículos 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; Art. 76. 7 literal "l" de la Constitución de la Republica, en relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 233 de la Constitución de la Republica; en virtud del análisis realizado, devienen en improcedentes.

OCTAVO:
DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Fiscalía General del Estado, en cuanto a los cargos de **Indebida aplicación** del artículo 72 del Código Penal; **Contravención expresa** del artículo 233 de la Constitución de la Republica del Ecuador; y, **Falta de motivación**, establecido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la Republica. En igual forma se declara improcedente el recurso de casación presentado por el acusador particular Jorge Jaramillo Ramón, en calidad de Procurador Común de los perjudicados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "CASA FACIL", cargo de **Contravención expresa** de los artículos 30 numerales 1 y 4 del Código Penal; Art. 76. 7 literal "l" de la Constitución de la República, en relación con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 233 de la Constitución de la Republica; en virtud, de que los recursos presentados carecen de sustento. Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL; Dr. Walter Macias Fernández, JUEZ NACIONAL.

[32] Código Penal. Art. 97.- Toda pena, es personal y se extingue con la muerte del penado.

IX

Juicio Nro. *17721-2013-1471*
Resolución Nro. *1000-2021*
Fecha**:** *viernes 22 de octubre del 2021, las 15h41*

TEMA: Aplicación de una pena declarativa para no vulnerar el principio de *non reformatio in pejus.*

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de varias personas, en calidad de autores del delito de peculado, tipificado en el artículo 257.1 del Código Penal, en virtud de que, en aprovechamiento de su cargo, habrían otorgado concesiones ilegales en la construcción del embaulado de una quebrada en la provincia de Loja, abusando dolosamente de los fondos públicos destinados a la construcción de la obra.

En el presente caso, se discute si la modificación del tribunal de apelación, en cuanto a las circunstancias de los hechos y la calificación jurídica, afecta el principio de *non reformatio in pejus.*

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja determina la culpabilidad de los acusados, por considerarlos autores del delito de peculado, por cuanto el entonces alcalde (procesado), mediante procedimiento de excepción, a través de una injustificada declaratoria de emergencia, contrató con una compañía la construcción del emaulado de una quebrada en la provincia de Loja.

En virtud de ello, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra de los procesados, en calidad de autores del delito de peculado, imponiéndoles la pena de privación de libertad de cuatro años, incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función pública e indemnización de daños y perjuicios. El tribunal, a su vez, condenó al procurador síndico de la municipalidad, en calidad de autor del delito de concesión ilegal, previsto en el artículo 257.4 del Código Penal, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y el pago de una multa por daños y perjuicios.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja reforma la sentencia venida en grado y declara la culpabilidad del procurador síndico en grado de autor del delito de peculado, sancionándolo con una pena privativa de libertad de 4 años de reclusión mayor ordinaria, de forma declarativa, en atención al principio de *non reformatio in pejus.*

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2013-1471

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, viernes 22 de octubre del 2021, las 15h41.
VISTOS:
ANTECEDENTES:
El 13 de mayo de 2013, las 09h31, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana, Alcalde del cantón Macará, y José Vicente Jaramillo Eguiguren, por considerarles autores del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257.1 del Código Penal (en adelante CP), en tal virtud, les impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función pública y por concepto de indemnización de daños y perjuicios, el pago de USD. $ 240.296.86, "más los intereses que serán liquidados oportunamente conforme la ley". Mientras tanto, el *a quo* también condenó al procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova, Procurador Síndico de la Municipalidad del cantón Macará, en calidad de autor del injusto de concesión ilegal previsto en el artículo 257.4 *ibídem*, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional, multa de USD. $ 50.oo y pago de daños y perjuicios, "mismos que serán liquidados conforme prescribe la ley".
Inconformes con la decisión del tribunal de juicio, los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren plantearon recursos de nulidad y apelación, en tanto que, el procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova y la Procuraduría General del Estado (en adelante PGE), en su calidad de acusadora particular, interpusieron recursos de apelación.
El 14 de agosto de 2013, las 15h07, la Sala de Conjueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, "desechando el recurso de apelación y nulidad interpuesto, confirma en lo principal la sentencia venida en grado" (sic).
Del fallo del tribunal de apelación, los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren, Pablo Rafael Ochoa Ruilova y la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), presentaron recursos de casación.
Mediante auto de 11 de agosto de 2015, las 08h30, un Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declaró indebidamente deducida e ilegalmente concedida la casación de CGE y en sentencia de 24 de mayo de 2016, las 10h00, declaró improcedentes los recursos de casación de los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pablo Rafael Ochoa Ruilova; empero, de oficio, casó la sentencia recurrida, "respecto del sentenciado Pablo Rafael Ochoa Ruilova, por lo que, enmendando el error de derecho, se declara culpable al referido acusado del delito tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código citado anteriormente y se le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria", disponiendo que la sanción sea "meramente declarativa".
Respecto del fallo de casación, los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren formularon acción extraordinaria de protección para ante la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE).
El 23 de agosto de 2017, la CCE -en sentencia No. 269-17-SEP-CC, caso No. 1651-16-EP-, aceptó la acción extraordinaria de protección, por vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, por ende, dejó sin efecto la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, disponiendo que se realice una nueva audiencia en la que se conozca y resuelva los recursos de casación deducidos dentro de la presente causa.
El 8 de agosto de 2018, otro Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declaró la nulidad constitucional de todo lo actuado, a partir de la audiencia de fundamentación de los recursos de nulidad y apelación, por lo que ordenó que se lleve a cabo otra audiencia para que se conozcan y resuelvan dichos recursos.
El 29 de mayo de 2020, las 16h02, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, aceptó los desistimientos de los recursos de nulidad de los procesados Pedro Leopoldo Quito

Orellana y José Vicente Jaramillo Eguigueren, así como de la apelación del procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova, negó los recursos de apelación de los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren y aceptó la apelación de PGE, en este sentido, declaró al procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova autor del ilícito de peculado establecido en el artículo 257.1 del CP, sancionándole con la pena de 4 años de reclusión mayor ordinaria, la que consideró declarativa, en atención al principio de la *non reformatio in pejus*.

Finalmente, de ese último fallo, los procesados Pablo Leopoldo Ochoa Ruilova, José Vicente Jaramillo Eguiguren, Pedro Rafael Quito Orellana y la PGE, dedujeron recursos de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación de los recursos de casación, siendo el estado el de dictar sentencia por escrito, se lo hace, en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

Asimismo, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, como el que nos ocupa, conforme lo dispuesto por los artículos 184.1 de la CRE y 192.4 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 04-2021, de 14 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los doctores Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional, y Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:

Los recursos de casación planteados dentro de la presente causa han sido tramitados conforme lo dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP), aplicable al caso, en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:

3.1. Fundamentación del recurso de casación de PGE:

El Ab. Javier Villareal Leiva, en representación de la Dirección Zonal de la PGE, en síntesis, dijo lo siguiente:

PGE, en calidad de acusador particular, ha interpuesto recurso de casación de conformidad con los artículos 349, 350, 351 y 352 del CPP; la sentencia impugnada es la emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Loja con fecha 29 de mayo del 2020, a las 16h02; la acción pública fue ejercida por el Fiscal Provincial de Loja en razón del fuero del señor Pedro Leopoldo Quito Orellana, quien en su calidad de Alcalde del cantón Macará, "mediante procedimiento de excepción, a través de una injustificada declaratoria de emergencia, contrató el 23 de enero del 2007 por la compañía consultora JAREGUI Cía. Ltda., representada por el Ing. José Vicente Jaramillo Eguiguren en calidad de Gerente General, la construcción del embaulado de la quebrada "Porotillo" II etapa, en el cantón Macara, provincia de Loja, por el valor de USD. $ 485.495,07, a un plazo de ejecución de 150 días calendario" (sic), lo cual, fue observado por CGE, que emitió informe de indicios de responsabilidad penal (irp), al no enmarcarse en lo previsto por el artículo 6 de la Ley de Contratación Publica (LCP).

La acusación particular agregó que la sentencia impugnada "aplica de forma indebida el principio *non reformatio in pejus* en favor del procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova señalando que no se podía agravar la situación jurídica del recurrente, sin observar que incluso en la misma sentencia la Sala Especializada de lo Penal de Loja -en su considerando tercero- deja evidenciado el acto de renuncia a su recurso de apelación por parte de Pablo Rafael Ochoa Ruilova en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación celebrada el 23 de julio del 2019, a las 09h00, y, en su considerando séptimo señala que el señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova es de notar que renunció al recurso propuesto" (sic), sin embargo, "dicho principio es aplicable solo cuando el condenado es quien recurre, es decir la violación a la ley que acuso, a través del presente recurso de casación, se configura al haber concedido

al señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova un beneficio que no le corresponde, primero por cuanto no es un recurrente en razón de su desistimiento del recurso de apelación, y en segundo lugar por cuanto el procesado en su momento no fue el único sujeto procesal que interpuso el recurso de apelación, también lo hizo la PGE, en calidad de acusador particular" (sic).

La acusación particular solicitó que se acepte el recurso de casación y "se corrija el yerro en el que ha incurrido la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, específicamente en cuanto a la errónea aplicación del principio *non reformatio in pejus* en beneficio del procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova, puesto que por efecto de desistimiento de su recurso de apelación no se constituye en recurrente, y en su lugar, se imponga al referido procesado la pena que corresponde a la declaración de responsabilidad por el cometimiento del tipo penal previsto en el artículo 257 del CP efectuada en la sentencia impugnada" (sic).

3.1.1. FGE:

El Dr. Raúl Garcés Llerena, en representación de Fiscalía General del Estado (en adelante FGE), en resumen, señaló lo que sigue:

FGE considera que el *ad quem*, al haberle impuesto al señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova, la pena de un año de prisión, vulneró "el principio de trascendencia" (sic), en este sentido, la sentencia recurrida "no se fundamenta conforme a derecho y a las normas jurídicas pertinentes y esto, por cuanto aplica el artículo 77.14 de la CRE" (sic), de tal suerte que, el recurso planteado por la PGE tiene asidero jurídico, y por ende, pidió que "reformando la sentencia, se imponga la que expuso la Corte Provincial de Justicia de Loja, que es de cuatro años de privación de libertad" (sic).

3.1.2. Contradicción:

3.1.2.1. Procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova:

El Abg. Jorge Jiménez Salinas, defensa técnica del procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova, en suma, manifestó lo siguiente:

El 22 de septiembre de 2016 su defendido se presentó en el Centro de Rehabilitación Social de Loja a cumplir la pena privativa de la libertad de un año, que le fue impuesta mediante sentencia ejecutoriada, toda vez que él no presentó acción extraodrinaria de protección, a partir de lo cual, cumplió su pena; en este sentido, "la motivación respecto a la aplicación del principio *non reformatio in pejus* hecho por parte de los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, es totalmente cierto, correcto, porque de no serlo así, estaría claramente violentando lo que señala el artículo 82 de la CRE respecto a la seguridad jurídica" (sic).

3.1.2.2. Procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren:

El Dr. Hermes Sarango Aguirre, defensa técnica de los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren, dijo que:

PGE no se pronunció respecto de sus defendidos, "en consecuencia, no tengo nada que argumentar al respecto" (sic).

3.1.3. Réplica:

PGE ha recurrido únicamente en relación al señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova, "toda vez que es aquí -en este punto medular- donde se produce la aplicación indebida del principio *non reformatio in pejus*." (sic).

3.2. Fundamentación del recurso de casación de los procesados recurrentes:

3.2.1. Procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova:

El Abg. Jorge Jiménez Salinas, defensa técnica del procesado Pablo RafaelOchoa Ruilova, afirmó que:

Acusa vulneración de los artículos 328 del CPP y 77.14 de la CRE, que dice: *"Al resolver la impugnación no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre"*, pues "si bien es cierto, los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja reconocen el principio antes mencionado y obviamente no agravan la pena y se impone una pena privativa de libertad, ese mismo criterio, debían haber tenido respecto a la reparación integral de los daños y prejuicios como pena accesoria que se le impone al señor Ochoa Ruilova, es decir, a él también se le debió ser tratado respecto de los daños y perjuicios, en relación a la contratación irregular, porque no se puede decir que para el tema de la pena voy a aplicar el principio *non reformatio in pejus* y decir que soy solidariamente responsable por los daños y perjuicios de un delito de peculado". (sic).

La defensa del procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova pidió que se case la sentencia "en razón de que se manda a reparar daños y perjuicios por un delito de peculado, cuando el principio *non reformatio in pejus* no puede agravar jamás la situación del procesado, se tiene que considerar como contratación irregular". (sic).

3.2.2. Procesados José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pedro Leopoldo Quito Orellana:

El Dr. Hermes Sarango Aguirre, defensa técnica de los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana

y José Vicente Jaramillo Eguiguren, en resumen, sostuvo que:

Sus defendidos también subsumen su conducta en el tipo penal previsto en el artículo 257.4 del CP, porque de acuerdo a la sentencia recurrida, los actos realizados por ellos, fueron en cumplimiento del estado de emergencia al cantón Macará, por solicitud del Ministerio de Salud Pública, de ahí que, el señor Pedro Quito, como Alcalde de Macará y el Consejo Municipal en pleno, declaró la emergencia sanitaria del embaulado de la quebrada "Porotillo" etapa II.

Las normas vulneradas son las siguientes: artículos 80, 86, 88, 146, 251, 304 y 315 del CPP; 11.2, 3, 4 y 5, 66.4, 76.1, 2, 4, 5 y 7.a y l, 82, 169, 172 y 175 de la CRE; 8.1 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La defensa de los referidos procesados agregó que el *ad quem*, no cumplió "con la institución de la subsunción de la causa, porque no adapta el relato fáctico obtenido de la valoración de la prueba, que hace el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación" (sic), pues al resolver la apelación "no se hace el análisis de la subsunción, ni de la adecuación típica a la conducta de los recurrentes" (sic), en la medida en que FGE y CGE "cuando formularon la acusación lo hacen con lo previsto en el artículo 257.4 del CP, es decir, que la sentencia emitida por la Corte Provincial de Loja viola de manera flagrante el principio de taxatividad, y en consecuencia de aquello, invoco como norma vulnerada el artículo 257.1 del CP, pues la norma que se debió aplicar -por el principio de igualdad formal y material- es la prevista en el artículo 257 del CP, señalo esto porque al igual que al señor Pablo Ochoa Ruilova, mis defendidos sí pudieron haber incursionado su conducta en el tipo penal antes mencionado, hoy conocido como tráfico de influencias previsto en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), es decir que de esta forma queda formulada la proposición jurídica que exige la causal de indebida aplicación" (sic).

La defensa de los mencionados procesados añadió que "tanto el delito de peculado previsto en el artículo 257.1 como el previsto en el artículo 257.4 del CP, de aquella época, era un delito eminentemente doloso, es decir que debían tener la voluntad y conocimiento de querer realizar el tipo objetivo, tal cual lo señala el artículo 26 del COIP, en aquella época en cambio era el designio de causar daño, es decir que se aplicaba evidentemente una teoría causalista" (sic), no obstante, en la sentencia recurrida no se hace alusión al dolo y únicamente se dice que hubo un abuso de fondos públicos, en este sentido, "el principio de trascendencia se evidencia al haber vulnerado los artículos 80, 88, 146, 304 y 315 del CPP, por violación indirecta" (sic) porque Fiscalía pretendió probar en la audiencia de juicio, la contratación irregular, lo cual, consta en el considerando sexto del fallo de alzada, entonces, el tribunal de apelación viola los 251 del CPP, 602 y 604 del COIP, porque el proceso penal no se sustancia sobre la acusación de la PGE o de la víctima, sino sobre la acusación de FGE, pero en este caso, se vulneran varios derechos al cambiar el tipo penal, "no para mejorar, sino para empeorar su situación jurídica" (sic).

La defensa de los citados procesados solicitó que se les condene a sus defendidos por el tipo penal del artículo 257.4 del CP, y en cumplimiento de lo que determinan los artículos 5.3 y 16.2 del COIP, 76.5 de la CRE, "dado el tiempo transcurrido, no olvidemos que desde la fecha de emisión de la sentencia -año 2013-, hasta la presente fecha, han transcurrido más del tiempo necesario que prevé el artículo 101 del CP, se declare la prescripción de la acción, así lo ha hecho ya la Corte Nacional de Justicia en una sentencia dictada recientemente, el día viernes 06 de agosto del 2021, a las 14h00, en el caso de Fernando Moreno y Raúl Carrión, en la que se aplica lo que estoy solicitando" (sic).

3.2.3. Contradicción:

3.2.3.1. FGE:

La sentencia recurrida tiene carácter de doble conforme, "con la diferencia de la aplicación de la pena y respecto al artículo 257.4 del CP, con respecto al señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova, pero, con respecto al señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova, Procurador Sindico del Municipio, como había manifestado anteriormente se había cometido una indebida aplicación al interponerle un año de privación de libertad" (sic); el señor José Jaramillo Eguiguren invoca los artículos 80, 86, 88 y 146 del CPP, que refieren a prueba, lo que no es procedente en un recurso de casación; también invoca los artículos 304 y 315 del CPP, que refieren a la motivación de las sentencias, al respecto, el señor José Jaramillo Eguiguren fue contratista de la obra de embaulado de la quebrada "Porotillo", por la cantidad de USD. $ 485.495,07, "cuando antes del año, este contrato se lo hizo en marzo del 2007, antes del año, en marzo del 2006, la primera etapa del embaulado se lo hizo con un monto

de USD. $119.817,87, es decir que antes del año este contrato se lo hace por una cantidad superior de lo cual, hay un perjuicio económico de USD. $365.677,20, por los mismos trabajos, esto el señor contratista coadyuvó a la ejecución del perjuicio económico del Municipio de Macará". (sic)
El representante de FGE también subrayó que el "artículo 195 de la CRE a que se ha hecho referencia, la falta de la actuación objetiva de la FGE, pues es de recordarse que efectivamente las actuaciones de FGE no son vinculantes, el juez puede hacer las correcciones que correspondan en derecho" (sic); en tanto que, con respecto al señor Pedro Leopoldo Quito Orellana, Alcalde del cantón Macará, no se ha transgredido el artículo 75 de la CRE, por lo que ambos recursos no "han cumplido con el principio de trascendencia, no hay la fundamentación jurídica pertinente para que se considere que existe un yerro en la sentencia del juez ad quem" (sic); "se encuentran comprobados los elementos del delito de peculado, es decir, el bien jurídico que ha sido violentado, que atenta contra la existencia y protección de dineros públicos, así también existe el elemento objetivo, la maniobra dolosa destinada a perjudicar a la causa pública, en beneficio propio o de terceros, en este caso, del señor contratista" (sic).
Fiscalía solicitó que los recursos planteados por los recurrentes Pedro Rafael Quito Orellana, Pablo Leopoldo Ochoa Ruilova y José Vicente Jaramillo Eguiguren "sean rechazados por falta de fundamentación jurídica y se acepte el recurso planteado por la PGE" (sic).

3.2.3.2. PGE:

Respecto del recurso del casacionista Pablo Rafael Ochoa Ruilova, la "sala que emitió la sentencia recurrida consideró en base a las pruebas aportadas que el señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova es responsable del delito de peculado, mas no de contratación irregular. Por otra parte, respecto a la sentencia a la que hizo referencia el recurrente Ochoa Ruilova de la cual se afirma que este organismo no apeló, esta fue declarada nula o inexistente por efecto original de la sentencia de 23 de agosto de 2017 que emitió la Corte Constitucional en el caso No. 269-17-SEP-CC que dejó sin efecto la sentencia emitida el 24 de mayo de 2016 por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, disponiendo que se realice una nueva audiencia en la que se conozcan y resuelvan los recursos de casación deducidos en la presente causa. En la sentencia de 08 de agosto del 2018 la Sala de casación de materia penal de la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar los recursos de casación interpuestos por Pedro Quito Orellana, Vicente Jaramillo y Pablo Ochoa Ruilova por la vulneración de la garantía de la motivación, declarando la nulidad constitucional de la sentencia emitida por la Sala de Conjueces de la Corte Provincial de Justicia de Loja a partir de la audiencia de la fundamentación de los recursos de nulidad y de apelación, por lo tanto, se dispuso que se celebre la audiencia de fundamentación de estos recursos y se emita una nueva sentencia, en razón de lo indicado anteriormente, con fecha 29 de mayo del 2020, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Loja rechazó los recursos de apelación de los procesados y aceptó el recurso de apelación de la PGE, confirmando en lo principal la sentencia condenatoria en contra de los procesados por el delito de peculado y modificó la sentencia respecto del procesado Pablo Ochoa Ruilova, determinando como autor del delito de peculado, sin embargo, la sanción impuesta a este último no corresponde al tipo penal de inicio. Este organismo ha considerado qué principio no debió haberse aplicado en virtud de la fundamentación realizada al recurso" (sic).
PGE, en relación al recurso del casacionista Vicente Jaramillo, expresó que no ha considerado que la "PGE propuso su acusación por el cometimiento del delito de peculado, teoría que la sala consideró probada en el presente caso" (sic), en este sentido, "consta en la sentencia y con respeto al señor recurrente se ha probado que a más de participar en alguna contratación irregular que se le conceda la adjudicación de la obra para así causar un perjuicio al Estado, se probó que se aprovechó y abusó de los fondos públicos al planillar grupos inexistentes, entre otros, por lo tanto, se demostró que existía una diferencia en los montos del contrato de USD. $ 739.050 y por eso se demostró que abusó de fondos públicos en la construcción que se adjudicó de manera ilegal" (sic); además, el recurrente "lo único que hace es mencionar de manera general a la pruebas que adjuntó acusación particular y no la FGE como titular de la acción penal que lo acusó por peculado impropio" (sic), pretendiendo que se vuelva a valorar la prueba y a la vez "deslegitimar la actuación de la acusación particular por peculado general que realizó este organismo en nombre del Estado ecuatoriano en calidad de ofendido". (sic)
PGE también puntualizó que la presunción de inocencia se ha destruido, inclusive se reconoce en efecto existió delito, pues si bien se llamó a juicio por el delito de contratación irregular, acogiendo

la acusación del Fiscal, "no es menos cierto que el fallo recoge la acusación particular y de la CGE, por lo que la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja estuvo plenamente facultada para cambiar el tipo penal por peculado general". (sic)
PGE solicitó que "no se case la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja y su correspondiente aclaración y ampliación en relación al pedido del recurrente en que se ratifique su estado de inocencia ya que en este caso la presunción quedó quebrada en razón de las pruebas con las que se configuró el tipo penal de peculado general. En relación al recurso del casacionista Pedro Quito Orellana, en el mismo sentido este organismo deja expuesta en mérito del tiempo, toda vez que verificamos inclusive los libelos de proposición son en el mismo sentido y son tendientes a que se deje sin efecto el cambio de tipo penal que realizó la sala que emitió la sentencia recurrida. Consecuentemente, debo solicitar que tampoco se case la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja y que, en relación a su aclaración y ampliación, pedido por los recurrentes, de que se ratifique su estado de inocencia ya que en este caso también conforme lo reconocido por el propio actor en esta exposición que realizó, su presunción quedó quebrada con las pruebas que se configuró el tipo penal de peculado general incluso por el conocimiento expreso. En ese sentido, este organismo reitera el pedido de que se considere lo expuesto en su recurso de casación en cuanto a la situación jurídica del señor Pablo Rafael Ochoa Ruilova". (sic)

3.2.3.3. Réplica:

Procesado Pablo Rafael Ochoa Ruilova:

El titular de la acción pública es la FGE, "la misma adecua la conducta de contratación irregular en relación al señor Pablo Ochoa Ruilova" (sic), por lo que, considera "improcedentes las pretensiones por parte del organismo del Estado respecto a que se reforme la sentencia" (sic), en este sentido, se "ratifica en que se acoja el recurso de casación, en virtud de que se ha justificado plenamente el error de interpretación de este principio." (sic) (de la non reformatio in pejus).

Procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana y José Vicente Jaramillo Eguiguren:

"FGE menciona que no he hablado del principio de trascendencia, cuando efectivamente eso fue lo que primero hice y expliqué el porqué del yerro jurídico, debido a que en los considerandos sexto y octavo tenía trascendencia, ya que influyó en la decisión de la causa, pues al aplicar el artículo 257.1 se ha impuesto a mi defendido una pena privativa de libertad que no estaba contemplada en dicho artículo, sino que la norma aplicable era la prevista en el artículo 257.4. Es necesario dejar claro que en la sentencia jamás habla de tal suma exorbitante que consta en el considerando octavo de la sentencia recurrida, igualmente se habla de una diferencia de precios y por supuesto que debe existir una diferencia de precios, el embaulado de la quebrada el "Porotillo" etapa I, era un piso flotante, el embaulado de la etapa II era terreno agreste, conforme la prueba, que no pido que se valore. En cuanto al pedido de PGE, concuerdo con el colega defensor del señor Ochoa, debido a que jamás la PGE apeló, por consiguiente no puede solicitar nada". (sic)

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

4.1. Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 349 del CPP, aplicable al caso; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que, los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada

para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el invocado artículo 349 del CPP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.

4.2. Sobre el caso en concreto:

En primer término, este Máximo órgano de justicia penal ordinaria del país, puntualiza que analizará la censura planteada por la recurrente PGE, en su calidad de acusadora particular, y acto seguido, se detendrá a examinar las impugnaciones planteadas por los procesados casacionistas Pablo Rafael Ochoa Ruilova, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pedro Leopoldo Quito Orellana, toda vez que los procesados antes referidos -evidenciando yerro en la calificación jurídica efectuada por el ad quem-, persiguieron un mismo fin ulterior, esto es correcta adecuación típica de sus conductas.

En este orden de esquema trazado, esta Corporación advierte que la fundamentación del recurso de la PGE estuvo plagada de una serie de inconsistencias de orden técnico y jurídico, no solo debido a la inobservancia de parámetros básicos para que la casación -de carácter limitada y extraordinaria-, sea declarada procedente, sino también, por su errada interpretación del principio de la *non reformatio in peius*, lo cual, de manera pormenorizada se expone a continuación:

1. El alegato de la casacionista PGE, al estar condicionado a una interpretación de los límites y alcances del principio de la *non reformatio in peius* desfasada y anacrónica, cuando sostuvo oralmente que tal principio "es aplicable solo cuando el condenado es quien recurre", evidenció carencia de argumento jurídico que dote de sustento a su imputación, lo que se tradujo en incumplimiento del parámetro técnico casacional de la debida fundamentación, en la medida en que el Juzgador tiene una condición *sine que non* que lo habilita para adoptar una resolución más gravosa, que estriba en la existencia de un recurso fiscal –ya de apelación, ya en fin de casación-, de ahí que la sola interposición del recurso de la acusación particular, resulta insuficiente para modificar la decisión, en perjuicio del procesado. Precisamente, en este mismo sentido se ha pronunciado la actual CCE, dentro de la sentencia de 02 de diciembre de 2020, Caso No. 768-15-EP, cuando ha discernido en torno a la interpretación del artículo 328 del CPP, aplicable al *sub iudice*, que contiene el principio en *comento*[1].

2. Otras de las paradojas avistadas en la exposición oral de la impugnante PGE, estriba en que omitiendo el error *in iudicando*, invocó indistintamente al menos dos causales de casación determinadas

[1] "41. La lectura de la sentencia deja ver que los jueces de la Corte Nacional, sobre la base del recurso presentado por la acusación particular, decidieron casar parcialmente la sentencia de la Corte Provincial e imponer la pena de un año de prisión correccional, Esto supuso un aumento de la condena de seis meses previamente impuesta por la Corte Provincial. La Corte Constitucional advierte que este empeoramiento de la situación jurídica del procesado se produjo en ausencia del recurso de la Fiscalía.
42. La comparecencia de la Fiscalía a la audiencia de fundamentación en ningún caso puede equivaler a haber presentado el recurso de casación. La intervención de la Fiscalía, sin recurso planteado, es insuficiente para modificar la decisión en perjuicio del procesado.
43. Solo cuando la Fiscalía impugna explícitamente y fundamenta su recurso, el cual puede ser contradicho y rebatido por el procesado, debe entenderse que hay un recurso fiscal que habilita la jurisdicción para adoptar una resolución más grave (…)".

en el artículo 349 del CPP, aplicable a la causa, esto es indebida aplicación y errónea interpretación, sin tomar en cuenta que en sede de casación debe formularse las causales por separado, sin que puedan ser confundidas o utilizadas con motivos que no correspondan a su contenido, pues cada uno de los cargos alegados deben ser fundamentados de forma autónoma, a fin de evitar mixturas argumentativas y conceptuales. Asimismo, la referida censora apenas si mencionó que el supuesto yerro del fallo de segunda instancia se encontraría en el considerando séptimo, pero no fue capaz de desentrañar la incidencia que este habría tenido en la decisión de la causa. Con otras palabras, la PGE estaba en la obligación jurídica de detallar los motivos por los que considera que el hecho de no agravar el *quantum* de la pena al procesado Pablo Ochoa Ruilova por parte del ad quem, tuvo influencia lesiva en la sentencia de alzada, pero esto último lo pasó por alto. Por consiguiente, resulta inobjetable que la acusadora particular incumplió palmariamente con principios que rigen la casación, tales como los de taxatividad, autonomía y trascendencia.

3. Para mayor ilustración, acerca de las exigencias propias para la procedencia de la casación, el autor Orlando Rodríguez acota lo siguiente:

> La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas.

Asimismo, Gilberto Martínez Rave concuerda con la postura expuesta en la cita anterior, cuando discurre que el recurso de casación:

> es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica.

Al abordar esta misma temática, la Sala Especializada de lo Penal de esta Alta Corte, ha dicho que:

> es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial.

4. Como corolario lógico de lo anotado, esta Corporación concluye que la única imputación casacional intentada por la acusación particular no tiene cabida jurídica, y por ende, se desecha el recurso de casación formulado por la PGE.

Por otro lado, los procesados casacionistas Pablo Ochoa Ruilova, José Jaramillo Eguiguren y Pedro Quito Orellana -aunque invocando multivarias normas jurídicas consideradas como vulneradas- coincidieron en un cargo macro y que engloba todas sus pretensiones: indebida aplicación del artículo 257.1 del CP, cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 257.4 ibidem, bajo el argumento relativo a que existiría yerro en el proceso lógico subsuntivo construido por el juzgador de apelación, en la medida en que no habrían adecuado sus conductas al delito de 'peculado mayor', por el que fueron condenados en el fallo de alzada, sino al injusto de concesiones ilegales (hoy tráfico de influencias, artículo 285 del COIP).

En esta inteligencia, y con la finalidad de despejar la referida censura nuclear, la cual, en principio, se ajusta a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la indebida aplicación, también conocida como *error de pertinencia*, en primer término, se puntualiza que tal causal tiene relación con el yerro que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo.

De esta manera, para que prospere dicha causal, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: norma jurídica incorrecta (artículo 257.1 del CP) y norma correcta (artículo 257.4 *ibídem* -hoy artículo 285 del COIP-), sino que además, se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en el caso concreto, esto es que el recurrente demuestre que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquella dejada de considerar, solo de esta manera la vulneración se habrá configurado.

Así las cosas, se enfatiza que los casacionistas propusieron supuesto yerro en los juicios de tipicidad y culpabilidad, pues a sus criterios sus conductas se habrían subsumido al ilícito de concesiones ilegales y no al de 'peculado mayor', tal como lo concibió el juzgador de segunda instancia, lo cual, de haberse justificado, este Tribunal de cierre –corrigiendo

el yerro de derecho- tendría la obligación jurídica de realizar una corecta calificación jurídica de las conductas de los procesados.

Al respecto, y luego de la revisión minuciosa de la sentencia impugnada, la censura casacional descrita prospera, debido a que, bajo la óptica de este Juzgador pluripersonal resulta evidente que la proposición jurídica que postularon los impugnantes, cumple con los dos requisitos que fueron expuestos *ut supra*, esto es que los hechos dados por probados se verifica que no se han justificado todos los elementos constitutivos del delito de peculado tipificado en el artículo 257.1 del CP, sino que, por el contrario, se han acreditado los elementos del ilícito de concesiones ilegales previsto en el artículo 257.4 ibidem, y como consecuencia lógica de aquello, el juzgador de segundo nivel estaba en la obligación jurídica de haber aplicado esta última norma penal, al momento de calificar sus conductas; de tal suerte que, la proposición jurídica postulada por los procesados recurrentes devino en acertada e idónea.

Justamente, el yerro jurídico en el que incurre el *ad quem* consta en los considerandos Sexto y Décimo del fallo objetado, que en sus partes pertinentes dicen, lo que a continuación se detalla:

> SEXTO.- (...) la Sala considera que en el presente caso, se ha probado la existencia material de la infracción, y la responsabilidad de los señores PEDRO LEOPOLDO QUITO ORELLANA, JOSE VICENTE JARAMILLO EGUIGUREN Y PABLO RAFAEL OCHOA RUILOVA, pero no como señala el Tribunal, que sustanció la etapa de juicio, como tampoco en base a la calificación jurídica de los hechos realizada por Fiscalía, sino en base a la acusación realizada por el acusador particular, esto es PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO, así como también la CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, que han insistido que existe un delito de peculado más no contratación irregular como argumenta Fiscalía (peculado menor). Señalando estos puntos en el presente caso esta probada la existencia material del delito de peculado por los siguientes hechos justificados. Podemos notar que Ing. Pedro Quito, comparece a este proceso con una tesis en la que señala que la declaratoria de emergencia era por el pedido de la primera autoridad de Salud del cantón Macará, basados en perfiles epidemiológicos absolutamente claros, consistentes que demostraban que el 70 por ciento de los casos de dengue provenían de los barrios por donde atravesaba la quebrada sin embaular y que en el año 2006, se produjo una fuerte estación invernal conocido como fenómeno del niño, con precipitaciones absolutamente superiores a las esperadas, que hicieron que la quebrada se desborde destruya bienes y problemas de insalubridad; y que tuvo dos finalidades, primero solucionar daños que se avecinaban con la siguiente estación invernal y obviamente solucionar los problemas de salud y que fueron solucionados. A su vez el acusado Ing. José Vicente Jaramillo Eguiguren, de lo que podemos entender es que recién inicia su participación cuando es invitado como oferente a la obra presentando su respectiva oferta para posterior adjudicársele la obra: a) Es un hecho probado que la contratación del embaulado de la quebrada porotillo de la ciudad de Macara, etapa 2, contratado mediante estado de excepción por un valor de 485.495.07 dólares americanos, en aplicación del Art. 6 de la Ley de Contratación Pública, sin duda fue un acto simulado, que únicamente se pretendía legitimar el proceso contractual, incluso al nombrar supuestas comisiones para aparentar su legalidad, es claro que se ha inobservando normas legales que establecía qué procedimiento debía aplicarse para contratar la obra señalada, siendo este un procedimiento ordinario de licitación, más no el excepcional por emergencia. Esto conlleva a considerar que el procedimiento para la contratación solo era un medio para alcanzar su fin que era precisamente aprovechar y abusar dolosamente de los fondos públicos destinados para la construcción de la obra; b) Son suficientes los hechos contradictorios que implica que la contratación irregular era un medio para alcanzar su fin, pues se advierte que la misma empieza cuando sabían que existían los fondos para la construcción de la obra, esto es la etapa 2 de la quebrada porotillo. Empiezan a realizar dolosamente acciones para buscar legitimar la contratación conforme se observa de los siguientes hechos: 1) El Alcalde esto es el señor Pedro Quito, ordenó se realice el estudio y

proyecto de la quebrada porotillo, este fue realizado por el señor Ing. Carlos Celi, el mismo que contenía la memoria, técnica y análisis de precios unitarios de las cuatro etapas, enviándose en octubre de 2005 al Fondo de Solidaridad, por un valor total de 485.295 dólares americanos, pero la primera etapa se financió con el MIDUVI. Posterior a ellos aparecen otras memorias técnicas con la firma del señor Carlos Celi, respecto al mismo proyecto en donde únicamente varía los rubros de la segunda etapa, por el valor de 485.595,07, es decir el costo total de embaulado. (siendo esta la consta en el Fondo de Solidaridad). El Ing. Carlos Celi, en su testimonio rendido asegura que, en noviembre del 2006, llegó el Ing. José Vicente Jaramillo Eguiguren a su domicilio de parte del Alcalde Macará para hacerle firmar la memoria técnica de la quebrada porotillo porque se había confundido una parte y que le firmó porque coincidía entre el valor del proyecto que realizó, ya que era un monto de 486.000 dólares americanos. Sin embargo, aparece otro proyecto de tres etapas. Es evidente que se manipuló y falseó el proyecto realizado por el Ing. Carlos Celi, pues se pretendía acomodarlo a las pretensiones de los acusados para justificar el perjuicio realizado al Estado, más aún cuando existe prueba que afianza lo dicho por el Ing. Celi, como es el testimonio del señor perito Sargento Luis Campoverde en donde determina mediante el examen grafológico que la firma atribuida al Ing. Carlos Celi en una de las fojas del proyecto de embaulado segunda etapa que se encuentra en el Banco del Estado (antes Fondo de Solidaridad) es de distinta autoría grafica. En consecuencia, se alteró dicha información al proyecto original realizado por Ing. Carlos Celi; 2.- Según el Alcalde pide al Ministerio de Salud que señalen cual eran los problemas gravitantes de la quebrada. En oficio de fecha 3 de mayo de 2006, el Dr. Rigoberto Sotomayor, señala que es un foco de infección y la causa de problemas de salud de un 70% de la población Macareña, enviando archivos de enfermedades infectocontagiosas de los meses de enero a abril del 2006, solicitándole se continúe con la obra que ya se había construido su primera etapa. Esta información sirvió de base para alcanzar los fines delictuales, pues puso a conocimiento del cabildo por dos ocasiones a fin de que se declare la emergencia esto en sesión de fecha 25 de noviembre de 2006 y sesión de fecha 28 de noviembre de 2006, para finalmente declarar el estado de emergencia. Es de tomar en cuenta que se utilizó información de los meses de enero a marzo de 2006, para recién en noviembre declarar una emergencia. Sin duda pretendían que a como de lugar se declare una emergencia para legitimar un procedimiento contractual de forma directa; 3) Que puso en conocimiento el oficio enviado por el señor Dr. Rigoberto Sotomayor, en primera sesión ante el consejo, en donde se trató el asunto sobre la factibilidad de declaración de emergencia, puesto que con fecha 28 de noviembre de 2006 se declara según el Alcalde la emergencia en base a lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Contratación Pública. Sin embargo, jamás se toma en cuenta las condiciones que ponen los señores concejales respecto a su voto, pues estos requerían que se actualice la información, así como señala el concejal LUIS EDUARDO JARAMILLO GRANDA, quien señala que se enumeró algunos incidentes de un documento emitido el 3 de mayo, documento extemporáneo ya que incluso el señor Rigoberto Sotomayor ya no estaba al frente de la institución y que mencionó que en dicha reunión no había un informe técnico de autoridad competente mal podrían pronunciarse en sentido afirmativo y que su voto fue condicionado siempre y cuando exista dicho informe seria afirmativo. Entendiéndose que los votos condicionados ante la inexistencia de los requerimientos, no podrían considerarse como afirmativos; 4) Señala el Alcalde que no conocía de los temas legales por eso contó con la asesoría del Procurador Sindicó del Municipio Dr. Pablo Ochoa quien comparece a la sesión de fecha 25 de noviembre de 2006, en donde se trata sobre la declaratoria del estado de emergencia en base al informe presentado por el Dr. Rigoberto Sotomayor, señalando que era procedente la declaratoria de emergencia conforme al Art. 6 literal a de Ley de Contratación Pública. Sin embargo, es claro el acusado Pablo Ochoa, en referir

que el Dr. Sergio Sánchez, le señaló que había una posibilidad de ir a Macará como Procurador Sindico, ya que el actual procurador era un vago y le había perdido la confianza (Dr. Edwin Román Almeida, no quería realizar esta contratación) señala incluso el Dr. Sergio Sánchez, le dio la Ley de Contratación Pública y le especificó que lea el Art. 6 de mencionada norma. Que compareció a las sesiones y que señaló que de acuerdo al Art. 6 de Ley de Contratación Pública en su literal a) se puede bajo régimen de excepción realizar esta obra, ya que el reglamento sustitutivo a la Ley de Contratación Pública indicaba cuales son las normas para lograr la emergencia y una de ellas era prevenir los daños que se pueda ocasionar a futuro y que por los casos de enfermedades que eran como cuatro mil de diferentes indoles y alarmantes. Sin embargo, analizado este criterio es evidente que no se acoge a la norma señalada en el Art. 6 de la referida Ley que decía… "Se exceptúan de los procedimientos precontractuales los siguientes contratos: a) Los que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que se puede suscitar… Art. 2 del Reglamento Sustitutivo, especificaba que se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitadas por peligros inminentes daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción; 5) Señala el Alcalde, que para los procedimientos precontractuales contó con la asesoría del señor Alfonso Castillo. Sin embargo este señala que no ha sido asesor de ningún Municipio; que en el 2001 el Alcalde y Concejales acudieron para contestar una glosa de Contraloría; que le manifestó que estaba en una declaratoria de emergencia de la quebrada porotillo y quería conocer cuál era el procedimiento que debía seguir y que le manifestó en un dialogo o conversación que el Consejo no tiene competencia para declarar o exonerar procedimientos contractuales y que les corresponde a los representantes legales el exonerar del procedimiento precontractual y que simplemente llamen a una licitación y además le sugirió que transparenten el proceso e invite a unos dos; 6) El Alcalde y el Procurador Sindico del Municipio de Macará, mediante acuerdo declaran emergente el proceso contractual e invitan a oferentes, pues precisamente una vez declarada la emergencia por parte del consejo de forma no valida, estos bajo potestades legales declaran el proceso emergente, pese a saber que era forzado, que el criterio del Procurador Síndico no era el correcto que estaba contaminado por criterios diversos y este el único afán que tenia era trabajar y ganarse la confianza del Alcalde, para mantener dicho puesto; 7) El Acalde en agosto de 2006, ante la información entregada por parte Director Encargado del Área Salud Nro. 7 de Macara Dr. Rigoberto Sotomayor, respecto a los datos estadísticos de las enfermedades infectocontagiosas, de los meses de enero a marzo de 2006, solicita al Procurador Edwin Fernando Román Almeida, consulte a la AME, con los antecedentes señalados si era o no procedente la declaratoria de emergencia cuyo respuesta fue entregada el 16 de agosto de 2016, señalando que no es procedente la declaratoria de emergencia y la contratación por esta vía, puesto que no había un fundamento adecuado y por el monto correspondería una licitación ordinaria. Si bien es cierto aseguran que no supieron del resultado de la consulta, no es menos cierto que existe suficiente prueba a fin de determinar que no es verdad lo señalado ya que es de notar que el propio Dr. Fernando Román acepta que hizo la consulta y que incluso llamó la AME para saber del resultado, que estaba preocupado, señalándole que ya se había enviado la respuesta. Un tema de vital importancia en el Municipio de Macará es imposible de quitarle la atención, es fácil notar que sabían de la contestación de la AME incluso es muy raro que justamente cuando se debía declarar el estado de emergencia saca vacaciones el Dr. Román, para que ingrese un nuevo Procurador Sindico, sin duda que todo estaba orquestado; 8) Todos estos puntos conllevan a determinar que en verdad el proceso de contratación fue simulado, pues a como dé lugar pretendieron que se declare la emergencia aprovechando la información

entregada por parte Director Encargado del Área Salud Nro. 7 de Macará Dr. Rigoberto Sotomayor, respecto a los datos estadísticos de las enfermedades infectocontagiosas, de los meses de enero a marzo de 2006. Insistieron al Dr. Pablo Ochoa, para que asesore con un criterio jurídico fuera del marco legal, con la intención de convencer a los concejales a fin de que se declare el estado de emergencia, quienes votaron en contra y otros condicionaron el mismo, sin embargo, se declaró la emergencia. Esto se lo realizó en contubernio con el acusado señor José Vicente Jaramillo Burneo, quien a su vez ya estuvo inmiscuido dentro de esta declaratoria de emergencia a fin de obtener la licitación del contrato, recordemos los siguientes hechos: El señor José Vicente Jaramillo Burneo conjuntamente con el Dr. Sergio Sánchez, insistieron al Dr. Pablo Ochoa, para que acepte el cargo de Procurador Síndico el Dr. Pablo Ochoa, quien es claro en señalar que concurrieron a su domicilio ubicado en la Gran Colombia y Ancón a eso de las cinco de la tarde, que le dijeron, que porque no quería ir, que todo estaba bien, que tiene que viajar, que se le iba asignar el contrato a su persona; que el señor José Vicente Jaramillo Eguiguren lo pasó viendo a las seis de la mañana para viajar a Macará; que cuando llegó lo llevaron al lugar de la obra y que le llamó la atención, que había una huecada, chanchos, arboles, y luego lo llevaron a la parte de atrás en donde se espantó ya que había pestilencia y charcos verdes; que cuando llegó a Macará se presentó conjuntamente con el José Vicente Jaramillo ante el Alcalde y se notaba que mantenían una amistad; que el propio José Vicente Jaramillo le señalaba que necesitaba que se declare la emergencia; que conoció al Ing. Jaramillo cuando el Dr. Sergio Sánchez los invitó a una feria ganadera a Cuenca, que ya hablaban del Fondo de Solidaridad… A este hecho relatado por el acusado Pablo Ochoa se suma los testimonios de sus testigos como Esperanza del Carmen Achupallas, que señala que observó que el 24 de noviembre de 2006, mientras ayudaba en la instalación de las cabinas de las hermanas del acusado Pablo, a eso de la cuatro de la tarde, llegó el Dr. Sergio Sánchez, que lo conocía porque siempre le ha llamado la atención su contextura y que luego les contó que se iba a Macará; que en la mañana lo observó a Pablo que salía con terno y dijo que se iba a Macará, que lo venia a ver el señor Ing. Jaramillo, corrobora esto dichos el Ing. Patricio Fernando Cajamarca y Byron Felipe Encarnación, quienes señala que mientras hacía actividad deportiva observó a Pablo Ochoa enternado y que al preguntarle le dijo que se iba a Macará; así como Byron Encarnación asegura que notó que salía enternado y se subió a una camioneta concho de vino. El mismo Ing. Jaramillo asegura que su vehículo en aquellos momentos era una camioneta concha de vino. A esto se suma otros más como el testimonio del señor CESAR POLIBIO LUDEÑA JARAMILLO, quien era parte de la supuesta comisión para la contratación del embaulado de la quebrada Porotillo, segunda etapa, quien es claro en manifestar que si le firmó unos documentos al Ing. José Jaramillo Eguiguren; que el señor Jaramillo llegó para que le haga un trabajo, que se negó porque no conoce la rama de la contratación pública, pero le insistió, manifestando que solo se trataba de una situación y que el resto lo hacían ellos, y que le iban a pagar doscientos dólares; que debía únicamente informar si la carpeta contenía toda la documentación legal en regla, que este inscrita en el Registro Mercantil, vigencia de nombramientos y que no adeudaban al Estado; que nunca se reunió con ninguna comisión; que prácticamente lo engañaron para que firme los documentos; que talvez en el escrito que firmó, recomendó adjudicar y descalificar, aclara que no dijo en Fiscalía que el señor Jaramillo le llevó la documentación porque se dejó manipular ya que antes de dar la versión lo llamó y le pidió que declare de esa manera porque si no lo comprometía y que ahora bajo juramento repone ese error. Todos estos puntos implican que el señor Jaramillo participaba mucho antes al momento en el que se le adjudica la obra o se lo declara ganador. Es más eran tan viciada la adjudicación que se nombró una comisión que jamás se reunió o analizó las ofertas; según el acta de adjudicación tres oferentes fueron inhabilitados por no

presentar una serie de documentos, siendo la única oferta habilitada la del señor José Vicente Jaramillo, pero conforme obra de memorandos dirigidos al Alcalde, esto es 038 y 039 JCMM-7, dirigidos al Ing. Pedro Quito en la que se le hace conocer que no se le puede cancelar el anticipo del 50% por no tener todos los documentos anexos al contrato, oferta económica, cronograma de trabajo sin firma de responsabilidad, certificación de cumplimiento de contrato por parte de Contraloría, certificado de central de riesgos, presupuesto referencial sin firmas, es decir así como las otras tuvo que ser inhabilitada, porque no tenía la documentación legal del caso, sin duda existía un direccionamiento trabajado por el mismo señor Jaramillo Eguiguren. Concluyendo que la contratación únicamente era un medio para abusar de fondos públicos como sucedió en el presente caso; 9) Sin duda una vez adjudicada la obra se firma el contrato, el veintitrés de enero de 2007, por el valor de 485.495 dólares americanos sin IVA, a ciento cincuenta días plazo, en donde se ha demostrado que existen varias diferencias de precios, llegando a un perjuicio de 240.296.86 dólares americanos, conclusión que se llegó una vez que se ha realizado la comparación de precios unitarios entre la etapa uno y la etapa dos. Si bien es cierto Fiscalía acusa por contratación irregular no es menor cierto que Procuraduría General del Estado acusa por Peculado, teoría que esta Sala considera probada en el presente caso, una vez analizado los hechos fácticos y elementos probatorios aportados en el presente proceso, como: Testimonio del señor Ingeniero SILVIO EDUARDO MOREIRA COSTA que fue delegado para realizar una auditoría sobre la quebrada Porotillo II etapa en Macará, ejecutando dicho examen especial, encontrándose diferencias; que la Contraloría designó a un equipo integrado por el Ing. Luis Castillo, quien era Director de la Unidad y su persona como jefe de equipo; que hicieron lo lógico comparar la primera con la segunda etapa, que en toda obra pública se utiliza el método de análisis de precios unitarios que está integrado por costos directos e indirectos y que el más significativo era el hormigón, compuesto por materiales, mano de obra y además suman costos directos; que escogieron para su análisis diez rubros que se comparan con la primera y la segunda etapa; que el hormigón de 210 kilogramos, es un rubro fuerte y que se utiliza un equipo, que está conformado por una concretera, una cizalla y que para elaborar un metro cúbico dicen haber utilizado 2.87 horas por metro cúbico a diferencia de la primera etapa este se lo hace en una hora, diferencia de rendimiento hace que cueste en la primera etapa 86.41 y suba 17.412 inciden en el costo; que llegaron a establecer una marcada diferencia porque en la primera etapa la arena y la grava cuesta 10 USD y en la segunda suben a 35 USD; que dentro del material este incremento no justificado sube de la primera etapa de 79 USD solo los materiales a 104 USD; una salvedad que hay en el análisis de precios unitarios de la primera etapa dentro del rubro hormigón, con los precios referenciales que tiene el Municipio de Macará que llaman el encofrado, que son tablas que se pone el hierro y mete para que no se habrá, en la segunda etapa no se lo considera dentro del rubro, se lo considera como otro rubro en el presupuesto y se lo cancela como metro cuadrado; que el presupuesto que habla de todos los rubros y de las cantidades con los precios unitarios de esta obra se planificaron sin mayor cosa; que fundir 1215 metros de hormigón con ese rendimiento necesitaban de 434 días, 14,5 meses o lo que es lo mismo 1, 21 años y que el contrato era de 5 meses, es decir con ese rendimiento no se hubiera podido cumplir; que hace caer en cuenta que en la primera etapa para hacer este hormigón incluido el encofrado, tanto el Municipio como el resto de contratistas, en este tipo de obra mantienen una cuadrilla tipo de 10 hombres, y en la segunda se ponen 15 hombres y que por obvias razones, si pone más gente deberían hacer más rápido; la segunda etapa se la hace en 94 días, pero tenían 150 días, es decir le redondeó 13 metros cúbicos el día, pero en la oferta estaba únicamente 2.87,3 concluyendo que el rendimiento que pusieron en los análisis de precios en la segunda etapa no fue el real; que llegó cuando la obra había terminado; que la topografía del sector no

es tan irregular, es parte de un cauce de una quebrada que sigue su curso natural; que se tomó tres rubros: el hierro, el hormigón y la mano de obra equipo, en la primera etapa el costo es de 0.80 y considera 1.05 de materiales por kilogramo, es decir considera 5% de desperdicios, en la segunda etapa sube a 1.01 dólares y considera el 10% de desperdicios; que la mano de obra en la segunda etapa considera una cuadrilla de 2.10 personas que necesitan 0.133 horas para trabajar y colocar un kilo de acero, y que es lo mismo que esta cuadrilla prepara y coloca 7.5 kilogramos en una hora, con este rendimiento igual que el caso anterior necesitaba colocar de acuerdo a las cantidades del contrato 37350 kilogramos que necesitaba 622 días, igual a 20.75 meses, 1.73 años cuando el contrato es de 5 meses; que los rendimientos en la primera etapa es la más adecuada; que con respecto al encofrado dentro de la primera etapa y posteriormente dentro de todas las obras que se ha hecho el Municipio lleva por política que dentro del hormigón se incluya el encontrado y que las obras que se hacen luego de la segunda siguen manteniendo el hormigón incluido en el encofrado pero solo en la segunda se lo saca más o menos a 14.50 el metro cuadrado es decir eso encarece porque la primera etapa, la tercera y la cuarta se incluye el encofrado en el hormigón y solo en la segunda se cambia; que la arena y la grava cuestan 10 dólares en la primera y en la segunda cuesta 35 dólares y en la tercera baja a 10 dólares y que en la actualidad cuesta de 10 a 12 dólares; que se comparó las etapas uno, dos, tres y cuatro; que sobre el encofrado llegaban a lo mismo, se lo contrató como rubro aparte, que para encofrar 4725 m2 se necesitaba 945 días, 31.5 meses, 2.63 años, llegando a la conclusión que los 4747 m2 de encofrado para haberlos terminado en los 94 días, se encofraron 50.50 m2 en el día, no los 5 que se pone, por lo tanto ese rendimiento no fue el real; que el costo de las cuatro etapas estaban proyectadas en de 486 mil dólares, que ese dato lo obtuvo de una memoria técnica que fue elaborada por el Ing. Carlos Céli, que según la caratula fue en marzo del 2005, pero el costo de la segunda etapa es de 485.495 dólares sin IVA, que los metros lineales que refieren en la segunda etapa de la quebrada Porotillo va desde la 0+170 más 7+a la 700+45, más o menos, que son 565.11 metros lineales, indica que en este contrato se construyó 210 metros y lo que se contrató fue 0+170, es decir 40 metros más de los contratados; que se hizo una comparación de los seis rubros existiendo una diferencia de 240296.86 dólares; señala que un bajo rendimiento de precio unitario da lugar un mayor costo a la obra y mayor rendimiento en el precio unitario da lugar a un costo menor y que en la segunda etapa existió un bajo rendimiento comparado a la primera etapa que era un rendimiento normal. A esto se suma el testimonio del señor RÓMULO LEONARDO ALBITO PLACENCIA; señala que recorrió las tres etapas del embaulado, y se determinó que es el mismo suelo, (arenoso limoso), que es un tipo de suelo que permite hacer una excavación sin mayor esfuerzo, apto, resistente y de buenas condiciones; que revisaron la obra e hicieron un trabajo de campo para determinar qué tiempo se realiza en obra un metro cubico de hormigón cuyo resultado fue que se lo hace en una hora con dieciséis minutos esto con 15 personas; que hicieron también un acoplado de los perjuicios que existen o no existen producto de esta construcción; que observó en todos los documentos que le sirvieron de base para presentar su peritaje y que el 10 por ciento de desperdicios hace aumentar el rubro de acero de refuerzo y que siempre se considera un 5% al ponerle un 10%, se está exagerando por lo que al pagarle el 10% en una varilla de doce metros se está desperdiciando un metro que puede ser reutilizable; que en la segunda etapa utilizaron rendimientos que no estaban acordes a una realidad y que favorecían al contratista en cada uno de los rubros analizados; que los precios unitarios utilizados en la primera etapa los ha utilizado y calculado en base a los de la segunda etapa lo que da un monto de 282.000,18 USD, que era el precio que pudo haber tenido la obra con precios de la primera etapa; y que el aumento de espesor de la solera, así como de la losa realmente no lo encarece, lo que se hace es planillar de una manera distinta; que el aumento de 5 cm tanto en la

solera como en la losa no justifica que los precios se han elevado en la segunda etapa del embaulado y si bien es cierto en el análisis de precios tuvieron condiciones especiales pero no para que eleven rendimientos y eleven precios por ejemplo en el material; que al analizar el rubro de limpieza manual de terreno entre la primera y segunda etapa es de un pago en exceso de 789 dólares americanos; que la diferencia en el rubro de replanteo y nivelación de 1344 dólares; la diferencia en el rubro de relleno compactado con suelo natural entre la primera y segunda etapa es de 5037.29 en exceso en la segunda etapa y respecto al hormigón simple de 210 kilogramos sobre centímetro cuadrado es de 105 mil dólares americanos ya que en la primera etapa el metro cúbico de arena gruesa y grava es pagado a 10 USD el m3, y en la segunda etapa a 30 USD el m3; que la diferencia respecto al rubro acero de refuerzo de 4200 kilogramos es de 42.883.41; en el rubro de excavación de roca a mano de 10694.34; que el rubro de encofrado no había punto de comparación en la primera etapa en el hormigón de 210 estaba incluido el encofrado en la segunda etapa era un rubro independiente 70,730.30; que cuantificó los metros lineales y su costo respecto de la primera y segunda etapa y que en la primera tuvo un costo de 478.22 y en la segunda 1217.22; que existe un perjuicio económico, puesto que la segunda etapa debía haberse construido con 282.000 USD, y que con la diferencia de 526.000 USD realmente hubo un perjuicio económico de 244.000 USD aproximadamente. La señora PATRICIA DE LOURDES RIVAS SALAZAR. Señala que es contadora desde hace 20 años; realizó un peritaje de comparación de precios respecto al embaulado en su etapa uno dos y tres, cuyo objeto fue realizar una verificación de precios unitarios, cuadros comparativos y que se lo realizó contestado preguntas especificas; que el trabajo que realizó es netamente contable, la verificación, sumatoria o comparaciones de lo que costo en la primera, segunda y tercera, esto para darse cuenta de las diferencias que habían en cada uno de los precios unitarios, por ejemplo la limpieza manual del terreno, el precio unitario fue 009 y en la segunda etapa el mismo componente es de 057 y en la tercera de 014; en el hormigón era de 150.34 , en la segunda etapa de 239.01 y en la tercera etapa de 182.74 y que aclara que en la primera y la tercera no había un componente de encofrado y desencofrado y que consta en el cuadro; que entre la primera y segunda etapa existe una diferencia de 255.416.63; que 21 meses después de la segunda etapa se construye la tercera etapa y eran más bajo los precios que la segunda. Pericias Técnicas que no han sido deslegitimadas, que no deja duda que en el presente caso se abusó de fondos públicos al incrementarse precios de forma injustificada e inflando rubros, alterando rendimientos, tratan justificar un sobreprecio existente en la obra; 10) Podemos observar que la tesis de los acusados especialmente de Pedro de Quito y José Vicente Jaramillo, radica que se realizó una obra de necesidad urgente para la ciudad de Macará, que no negamos la importancia que tiene; que el proceso de contratación fue legitimo; que Contraloría no realizó una experticia adecuada al realizar una comparación de precios unitarios y no haber realizado un análisis técnico de consistencia; que jamás podían ser confrontadas porque las características son distintas, aspectos que no son suficientes para desvirtuar la contundente prueba que en su contra pesa, entre ellos; a) Los acusados pretenden aparentar que la obra era totalmente distinta a la etapa primera, darle una imagen de un terreno quebrado, irregular, grandes diferencias de altitudes, llenas de maleza de arboles enormes, sin vías de acceso, hechos que no son acordes a la realidad. Tómese en cuenta el testimonio del perito de Contraloría señor SILVIO EDUARDO MOREIRA COSTA, señala que la topografía del sector no es tan irregular, es parte de un cauce de una quebrada que sigue su curso natural; que para determinar los desniveles entre la primera y segunda etapa, señala que hay planos que saca las diferencias de las informaciones dadas por el residente de la obra que dice que se siguió el curso normal, que no hubo mayor cosa de excavaciones; que de acuerdo a los planos del proyecto todas las calles de los cuatro costados no llegan al eje de la obra, pero las calles están cerca y

que según la información de la fiscalizadora que estuvo en la obra no existieron guardarrayas; que los trabajos empiezan con un desbroce o limpieza es decir el ancho del canal es de 2+20 centímetros son dos 60 y se abre y machetea cuatro metros de largo por 440 metros que tiene el canal; que en base a la macheteada se hizo fácil entrar con el material; aclara a la repreguntas que la pendiente entre la primera y segunda etapa es uniforme, de acuerdo al diseño se va bajando despacio para evitar daño en la estructura y evitar excavaciones grandes y tratar de coger el terreno natural. El señor RÓMULO LEONARDO ALBITO PLACENCIA, señala que en el recorrido que hizo a la segunda etapa se pudo observar que había acceso de calles al embaulado; que recorrió las tres etapas del embaulado, y se determinó que es el mismo suelo, (arenoso limoso), que es un tipo de suelo que permite hacer una excavación sin mayor esfuerzo, apto, resistente y de buenas condiciones. El señor CARLOS AUGUSTO CÉLI GUERRERO. Señala que el Ing. Jaramillo Eguiguren le pidió, que le ayudara en la construcción del embaulado de la quebrada Porotillo en calidad de residente de la obra; que permaneció todos los días en la obra; que se ejecutó más o menos 430 metros lineales, que todo consta en las planillas, que el lugar donde se construyó como dificultad no existía porque todas las calles en esa zona son urbanas que tenían calles oriente occidente, norte sur, todas las calles confluyen a la quebrada, todas las calles llegaban a la quebrada, que no se hizo guardarrayas (aclara respecto a las guardarrayas que había señalado es la limpieza que se hizo al monte, abrir una trocha para que entre la volqueta y no se punzonen las llantas), se hace con machete y peones cuyo ancho era el de la volqueta para ingrese la misma; que no tubo problema para dejar el material; que es una quebrada normal y pareja con un declive pequeño no pronunciado, que no hubo dificultad para construir, tuvieron un tramo dificultoso pero era pequeño, que no tuvieron que hacer excavaciones en gran cantidad para construir la obra porque en invierno crece y el área de cajón es pequeña, solo donde cambia la dirección del embaulado, se hacen pequeños taludes pero es una cosa mínima; que en sus auditorias no se ha encontrado irregularidades; que abrieron trochas para que ingrese la volqueta pero no utilizaron retroexcavadora y que por ser plano el terreno utilizaron solo machete. La señora INGENIERA DIANA ELIZABETH VADIVIESO LUNA, (Fiscalizadora) señala que recorrió la obra; que no había tanta vegetación, arboles pequeños y maleza; que la primera etapa era plana y la segunda un poquito de desnivel en un cinco por ciento; era una quebrada que solo en invierno era fuerte y seca en verano. Es decir, todos coinciden en que no es como señala la teoría de la defensa, que lo pretenden es justificar los precios de los rubros excesivos. También es de señalar que los acusados presentaron prueba aduciendo la tesis de su defensa, pero estos no son suficientes para deslegitimar los dichos de la prueba aportada por Fiscalía. Es de tomar en cuenta que el señor José Vicente Jaramillo dice que existe 16 metros de material de relleno. El acusado Pedro Quito señala haber una profundidad entre 2 a 3 metros en la primera fase y en la segunda de 7, 8 y hasta 10 metros. La señora Elsa Yanina Diaz Vaca (Testigo de Pedro Quito) señala que la segunda etapa tenía una profundidad de 2 a 3 metros. Los adjudicatarios de los contratos de la primera y tercera etapa, señalan Edgar Patricio Quezada y Ángel Lituma Hualpa, señalan que la primera etapa tenía acceso (superior- medio y final) pero la segunda etapa no tenía y que era un barranco entre 6 a 13 metros. Sin embargo, la Sala considera a esta prueba como no tan sólida que disminuya la credibilidad de los testigos de Contraloría y Fiscalía, recordemos que en el trascurso se ha probado manipulación de información, falsedad y como dice Cesar Ludeña me pidieron que declare otras cosas. De esto puntos contradictorios y la prueba valorada en su conjunto encuentra que es raro que se diga que en la primera y segunda si había acceso a la quebrada, pero en la segunda no; que el terreno en la primera y tercera era regular casi plano sin embargo en la segunda una huecada casi 16 metros y como es que la construcción de la primera y tercera no tuvieron mayor problema, pero si en la

segunda. Entonces son creíbles los dichos de Carlos Celi, al señalar que no hubo mayores problemas, que era el residente de obra y como confirma esto la Fiscalizadora de la parte contratante, y el perito de Fiscalía señor Albito. Personas que en si no se evidenció interés alguno que pretendan perjudicar a los acusados. Mas nótese que en el presente caso se está alterando la verdad en otros hechos como de donde venia el material de construcción que en Macará tenia un costo de 10 dólares, pero se registró un rubro por el valor de 35 dólares americanos. Sin embargo, se pretende justificar dichos rubros con puntos ilógicos bajo la excusa de que era una obra complicada y se necesitaba buen material para alcanzar una buena resistencia y que el material de Macará no cumplía condiciones. CARLOS AUGUSTO CÉLI GUERRERO, INGENIERA DIANA ELIZABETH VALDIVIESO LUNA, son claros en referir que provenía de "hornillos" minas de Macará, señala Diana Valdivieso que incluso fue a la mina con el residente. JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ, señala que le consta que sacaban el material de hornillos para la quebrada porotillo. NIXON HIDALGO JARAMILLO, que en hornillos cuesta el metro 8 dólares y cernida 10 dólares y es buen material. Pretender creer que viene de la mina Visin a 40 o 45 Km, está fuera de la lógica, más cuando el testigo perito del acusado señor OVIDIO WOLTAIRE CASTILLO, señala que sí el material es clasificado y lavado su porcentaje de arcilla es inferior y con ese material se puede sacar resistencia, que tuvo el caso del puente del rio de Macará que los japoneses llevaron a su laboratorio para hacer pruebas que era material del rio Macará, triturado que fue para hormigón de alta resistencia de 1200 Kg, es decir que el material de dicho rio puede ser utilizado. Esto sumado a que la etapa uno y tres de la misma obra se utilizó material del rio Macará y que aseguran es de buena calidad. Situación que torna no creíble a lo señalado por el contratista de que el material no servía. Mas cuando existen suficientes hechos que determinan que si se sacaba de hornillos el material. Su prueba es contradictoria como el testimonio de su trabajador que dice haber laborado más de 14 años quien señala que el material lo traían de la mina que conduce a Zapotillo, cuando Visin es una mina que está ubicada en Catamayo según el acusado, los peritos aseguran que no hay registro alguno de que el material se haya traído de Visin, que la referencias información fue dada únicamente por el acusado. Todo esto implica que no es creíble dicha posición que habiendo materiales y de buena calidad decida traer de otro lado, es claro que únicamente pretende justificar el valor de rubro cobrado que es demasiado e injustificado. La prueba del Ing. Pedro Quito esto es el testimonio de perito Minos Cueva, señala que se hizo a la idea revisando los rubros y que unos no constan, explica que la oferta se hace en función de un presupuesto y que en el presente caso se lo hizo en rubros y la institución no consideró otros rubros como el desbroce de la vegetación, excavación en agua, apertura en guardarrayas, entonces posiblemente esos rubros se descargan a uno de los rubros presentados por la institución; y que es a criterio del profesional que escoge a cual rubro carga; que había una diferencia entre el precio del material pétreo que en la segunda era a 35 dólares y en la primera a diez dólares, pero que había hablado con el contratista y le había señalado que el material de Macará era de mala calidad por lo que tomó la decisión de traerlo de Visin, que no llegaba a 25 dólares, pero que a ese rubro le cargo de excavación en lodo, aperturas de guardarrayas y que en análisis matemático da un valor de 35 dólares; que el oferente siempre se ajusta al referencial de la institución, que el contratista le había indicado que el material de Visin es de buena calidad. A LAS REPREGUNTAS DE FISCALIA. refiere que con respecto a la maleza y grandes rocas es información netamente referencial, que la pericia fue cancelada por el Ing. Pedro Quito; que, si en la ejecución de la obra se encuentra que hay nuevos rubros, se debe informar a fiscalización; que no hay observaciones en libro diario ingresado por Fiscalía y que era obligación en caso de existir nuevos rubros comunicar a fiscalización para hacerse un nuevo contrato complementario. Es decir, no existe informes, no se puso a conocimiento rubros nuevos y más la

información que recibió el perito fue referencial directa de los acusados. Bajo este enfoque es claro que Fiscalía y acusación particular han justificado un hecho esto es la existencia de un delito que corrigiendo el error de derecho es PECULADO. c) Justificada la existencia de la materialidad de la infracción por el delito de peculado es evidente la responsabilidad de los señores PEDRO LEOPOLDO QUITO ORELLANA, está probado que ejercía la dignidad de Alcalde durante el proceso de contratación. Sin duda en contubernio con JOSE VICENTE JARAMILLO EGUIGUREN, concertaron la declaratoria de emergencia para que en contra de norma expresa evadir la licitación ordinaria y adjudicar la construcción de una obra, esto es la construcción del embaulado porotillo etapa 2. Se ha probado que una vez adjudicada la obra se procedió a la construcción de la misma en donde se abuso al planillarse valores exorbitantes sobre rubros contratados y además cobrarse rubros que no se realizaron, conforme lo hemos analizado en el considerando que antecede, es evidente que la contratación irregular era el medio para llegar aprovecharse y abusar de fondos públicos. Se ha probado que Pedro Quito, firmó el contrato la obra, se dispuso el pago del anticipó del 50%, se autorizó el pago de planillas por el valor de 589.399.04 y se comprometió al pago de reajuste de precios por 48.822.24, es decir, su participación es clara en el ilícito a pesar que se le advertía en varios comunicados por sus empleados, que se estaban pagando en exceso rubros altos, así como también le señaló la AME, manifestándole que no procede el estado emergencia y la forma de contratación que se realizó. CON RESPECTO AL SEÑOR JOSE VICENTE JARAMILLO EGUIGUREN, su responsabilidad esta probada con la prueba analizada, esta justificado que participó de una irregular contratación para se le conceda la adjudicación de la obra para así causar un perjuicio al Estado, abusando de fondos públicos que fueron destinados para la construcción de la obra, inventado y planillando rubros que no se realizaron, así como incrementando costos en los rubros realizados que no pudieron ser justificados. Está probado que firmó el contrato de la obra del embaulado de la quebrada porotillo por el valor de 485.495.07 dólares, que recibió en anticipo del 50%, que se cobró planillas por el valor de 589.399.04 y realizó un compromiso de pago de un reajuste de precios por 48.822.24. Está probado que se aprovechó y abusó de fondos públicos al planillar rubros inexistentes, como guardarrayas, supuestos rellenos, destrucción de roca a mano; y, los rubros realizados se planillaron con valores superiores como la arena y grava cuyo precio estaba alrededor de 10 dólares y su rubro lo establecía en 35 dólares, sin justificación alguna como lo hemos analizado; como el encofrado el mismo que era planillado como rubro independiente que encarecía costos, desperdicios de un 10%. Siendo los precios exagerados a tal punto que el metro lineal en la primera etapa era de 4.78.22 dólares y en la segunda el costo fue de 1217.22 dólares, siendo la diferencia de 739.05 dólares americanos. Sin duda abusó de fondos públicos en la construcción que ilegalmente se hizo adjudicar. El señor PABLO RAFAEL OCHOA RUILOVA. Es de notar que renunció al recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia recibida, es decir acepta su responsabilidad sobre el delito acusado y si bien es cierto existe un recurso de apelación a este momento procesal presentado por la Procuraduría General del Estado, en la que señala que es responsable por el delito de peculado. Esta Sala considera que Pablo Ochoa, es responsable del delito de peculado más no de contratación irregular como acusa el Tribunal de instancia, ya que acepta su participación en un proceso contractual viciado, si bien es cierto advierte que fue engañado y utilizado no es menos cierto que actuó con conciencia llevando acabo suficientes actos que demuestran su responsabilidad, pues asesoró erradamente a pesar que la norma legal disponía lo contrario para conseguir el puesto de trabajo que le ofrecían, pues firmó un contrato de servicios profesionales del cual percibió honorarios, siendo nombrado Procurador Síndico del Municipio de Macará, con la intención únicamente de formalizar un ilícito a pesar que antes que se adjudique la obra el acusado José Vicente Jaramillo, ya le

indicaba que iba ser el beneficiario de la obra, pues sin duda observaba que se estaba fraguando algo ilegal en la que su participación era vital, y posterior a ello formalizó el contrato de la obra del embaulado de porotillo. Más se nota que incluso posterior a ello su relación laboral en la Municipalidad de Macará duro algunos años más. (...) DECIMO.- EL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO. En lo principal, señala que muestra su inconformidad de la sentencia emitida el 13 de mayo del 2013, respecto de única y exclusivamente haber separado al doctor Pablo Ochoa Ruilova del tipo penal de peculado y haber sido sancionado por contratación irregular, esto en virtud de la teoría de unidad de invisibilidad de la infracción, especialmente en esta clase de delitos o tipos penales especiales como es el peculado y la contratación irregular, es una derivación de este tipo penal, esto respecto a que es inaceptable pretender que de los mismo hechos, de la misma base fáctica probada en el juicio se puede establecer dos diferentes tipos penales, es decir no es aceptable, que con los mismos hechos al señor Alcalde y al contratista se sancione como peculado pero sorpresivamente al Procurador Síndico por contratación irregular; que la participación del señor Ochoa no es una participación accesoria, para configurar el delito de peculado, sin su participación jamás se hubiese producido ni siquiera la contratación irregular, mucho menos el perjuicio económico. Bajo esta alegación y base a lo analizado, respecto de la responsabilidad del señor Pablo Ochoa, en líneas anteriores, podemos notar que no se podría acusar como se lo ha hecho en la sentencia impugnada, conforme nos refiere la Corte Nacional de Justicia, al señalar que nuestro sistema vigente al momento de los hechos, establecía un sistema de absorción de conductas…"El Art. 81 del Código penal, que hablaba del concurso o concurrencia de infracciones, se debía imponer la pena señalada en el delito más grave" …. Si bien es cierto, el acusado renunció al recurso de apelación, en consecuencia, es claro que la conducta de Pablo Ochoa encuadra en el delito de peculado más no en el de contratación irregular, pues como hemos señalado buscó indebidamente legitimar un proceso ilegal, al renunciar a su recurso de apelación acepta en parte su participación en un proceso contractual viciado, sin embargo es notorio que actuó con conciencia y voluntad sobre irregularidades ya que asesoró erradamente a pesar que la norma legal disponía lo contrario para conseguir se declare un estado de emergencia y el puesto de trabajo que le ofrecían, firmó un contrato de servicios profesionales del cual percibió honorarios, siendo nombrado Procurador Síndico del Municipio de Macará, con la intención únicamente de formalizar un ilícito a pesar que antes que se adjudique la obra el acusado José Vicente Jaramillo, ya le indicaba que iba ser el beneficiario de la obra, pues sin duda observaba que se estaba fraguando algo ilegal en la que su participación era vital, posterior a ello se formalizó el contrato de la obra del embaulado de porotillo se inobservó los deberes que la institución está obligada, esto en hacer un control previo e incluso posterior del contrato, no se lo hacía a sabiendas de lo que estaba sucediendo y una vez formalizado se entregó los dineros del anticipo al contratista que a posterior causó un evidente perjuicio al Estado; como consecuencia de estos actos su relación laboral en la Municipalidad de Macará, se estabilizaron, ya que fue contratado y duro algunos años más. Es decir, su actuación dentro de este proceso sirvió para conseguir el fin propuesto, que era aprovecharse de los fondos públicos al planillarse valores con sobre precio. En consecuencia, su conducta encuadra en lo previsto en Art. 42 del Código Penal… Art. 42.- 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. Sin embargo, consideramos que, probado la materialidad de la infracción de peculado, así como la responsabilidad de Pablo Ochoa, no es menos cierto que debemos observar principios rectores del derecho penal que amparan sus derechos, como por ejemplo la prohibición de no empeoramiento. Tómese en cuenta que la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de Loja, con fecha 13 de mayo del año 2013 dictó sentencia condenatoria en su contra, declarando su responsabilidad en calidad de autor del delito previsto en el Art. 257 punto cuatro, del Código Penal, condenándolo a un año de pena privativa de la libertad, presentó el respectivo recurso de apelación y con fecha 14 de agosto del 2013, la Sala de Conjueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, desecha el recurso y confirman la sentencia venida en grado; con fecha 24 de mayo de 2016, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, resuelven declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes Pedro Leopoldo Quito, Pablo Rafael Ruilova y de José Vicente Jaramillo, el proceso regresa a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, ejecutoriándose dicha sentencia, se presentó ante las autoridades y cumplió la sentencia impuesta. Los acusados Pedro Quito y José Vicente Jaramillo, presentaron una acción extraordinaria de protección, que cabe sobre sentencia ejecutoriada, con fecha 23 de agosto de 2017, (fs. 4650) la Corte Constitucional, resuelve declarar la vulneración de derecho constitucional previsto en el Art. 76 numeral 7, literal (l), dejando sin efecto la sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso Nro. 17721-2013-1471… Además, retrotrae el proceso hasta antes de la vulneración del derecho al debido proceso, disponiendo que otros jueces de la Corte Nacional de Justicia, conozcan y resuelvan el recurso de casación; la Corte Nacional de Justicia en sentencia, cumpliendo lo ordenado por la Corte Constitucional, conocen nuevamente el recurso de casación y estos a su vez declaran la nulidad de la sentencia dictada el 14 de agosto del 2013, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, retrotrayendo el proceso a este momento procesal, ordenando que se celebre una nueva audiencia de fundamentación de los recursos propuestos. Ahora bien, de estos antecedentes observamos una particularidad y es precisamente que la Corte Constitucional dejó sin efecto una sentencia de la Corte Nacional de Justicia que conoció el recurso de casación que únicamente fue presentado por los acusados, y esta a su vez declara la nulidad de dicha sentencia regresando al Estado de conocer los recursos de apelación de Procuraduría General del Estado y de los acusados Pedro Quito, José Vicente Jaramillo y Pablo Ochoa. Obsérvese que Fiscalia y acusador particular no casan la sentencia. Es decir, Procuraduría que manejaba la tesis de que no había contratación irregular, sino peculado, al no haber casado la sentencia, el recurso de casación jamás podría haber empeorado la situación del casacionista. Sin embargo, la decisión del superior fue que se declare la nulidad y retrotrae el proceso aún momento procesal en donde tiene posibilidad jurídica que otro Tribunal acoja su tesis, que podría empeorar la situación de Pablo Ochoa. Es decir, el efecto de su propio recurso de casación, sin duda empeora su situación como sucede en el presente caso, para lo cual se debe observar principios a su favor… (...) Bajo este enfoque corregir del falla del Tribunal, que sustanció la etapa de juicio, respecto a la adecuación típica correcta en contra de Pablo Ochoa, a razón de que el presente recurso apelación deviene de una nulidad decretada de un recurso de casación interpuesto únicamente por los acusados, que al corregirse como lo hemos analizado implicaría que su resultado sea una latente violación al principio reformatio in pejus. Aspecto que se tomara en cuenta en la parte resolutiva. Sin más que considerar una vez que se ha probado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados tal como lo hemos señalados en los

considerandos anteriores. 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 de los señores PEDRO LEOPOLDO QUITO ORELLANA, JOSE VICENTE JARAMILLO EGUIGUREN, se confirma la sentencia en lo principal y con respecto al recurso de apelación presentado por Procuraduría General del Estado, se declara procedente en consecuencia, se declara al señor PABLO RAFAEL OCHOA RUILOVA, como responsable del delito previsto en el Art. 257 del Código Penal, en calidad de autor imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, puesto que se ha justificado atenuantes, pero en aplicación al principio non reformatio in pejus previsto en el Art. 77.14 de nuestra carta Magna y 328 de Código de Procedimiento Penal. Entendiéndose que la pena que correspondería en aplicación al principio señalado es de un año, que se le impuso y que ha cumplido la misma, pues no se podría agravar a razón de lo expuesto en los considerandos anteriores. Se ordena el pago de daños y perjuicios, además de estar sujeto a los efectos del Art. 56 y 60 del Código de Procedimiento Penal, conforme al numeral 2 del Art. 64 de la Constitución de la República de Ecuador. (...)

Como se deja entrever del extenso memorial transcrito ut supra, el juzgador de apelación, a partir de una sola premisa "contratación irregular era un medio para alcanzar su fin" -tal como reza textualmente en el considerando Sexto, literal a), del fallo recurrido-, concluye que los procesados casacionistas aprovecharon y abusaron "dolosamente de los fondos públicos destinados para la construcción de la obra", no solo confundiendo los elementos constitutivos de dos tipos penales: peculado y concesiones ilegales -ahora tráfico de influencias-, sino además, sin ahondar en los elementos de la tipicidad del peculado, en especial, el de la conducta, constituida por el verbo rector: "abusar" de dineros públicos en razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, que constituye la acción relevante para el derecho penal. Por tanto, resulta evidente que el juzgador de segunda instancia no logró configurar y justificar razonadamente todos los elementos constitutivos del delito de peculado tipificado en el artículo 257.1 del CP.

En tal virtud, el examen del fallo objetado, arroja que este Tribunal de Casación reafirme que existe error en la adecuación típica que realizó el juzgador de alzada, pues las conductas de los procesados censores no se adecuaron al injusto de peculado tipificado en el artículo 257.1 del CP, sino al ilícito de concesiones ilegales previsto en el artículo 257.4 *ibídem*, esto es que la subsunción efectuada por el juzgador de alzada, no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba. En efecto, al hacer la abstracción al caso que nos ocupa, en donde acorde a los hechos fácticos que constan como probados, en la sentencia objeto mismo de este recurso, se tiene que los servidores públicos (Pedro Rafael Quito Orellana y Pablo Leopoldo Ochoa Ruilova, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del cantón Macará, respectivamente), aprovechándose de los cargos que ejercieron, favorecieron a la Compañía Constructora "JAREGUI JARAMILLO CÍA. LTDA.", representada por José Vicente Jaramillo Eguigueren, para que en contra de expresas disposiciones legales (artículo 6 de la Ley de Contratación Pública de ese entonces), les concedieron el contrato de construcción del embaulado de la quebrada "Porotillo", II etapa, en el cantón Macará, provincia de Loja, a partir de lo cual, se hace hincapié en que el juzgador de apelación incurrió en evidente yerro en el proceso lógico subsuntivo, máxime si se considera además que, inclusive se apartó de la tesis acusatoria de Fiscalía, acogió la postura acusatoria de la PGE y de la CGE, agravando la situación jurídica de los procesados, y en este sentido, confundió principios básicos del sistema acusatorio penal, sobre todo, porque no contempló que si bien el juzgador se puede apartar de la calificación jurídica del titular de la acción penal pública (FGE), no es menos cierto que, aquello debe ser en *bonam partem* para el procesado, esto es para atribuirle un delito menos gravoso y -claro está- del mismo bien jurídico protegido, pero en ningún caso, en perjuicio del procesado, como ha acaecido en el caso que nos ocupa.

En tales circunstancias, se casa la sentencia de segunda instancia, por indebida aplicación del artículo 257.1 del CP, cuando el tribunal de alzada

debió haber aplicado, conforme a los hechos probados, la norma penal que tipifica el ilícito de concesiones ilegales, esto es el artículo 257.4 *ibidem* -hoy tráfico de influencias, establecido en el artículo 285 del COIP-.

Ahora bien, tomando en consideración que el injusto de concesiones ilegales tenía una pena que oscilaba entre uno a cinco años de prisión -acorde con lo previsto por el artículo 257.4 de CP-, y que en la actualidad se encuentra tipificado en el artículo 285 del COIP (tráfico de influencias), cuya pena va de tres a cinco años, y además, que ya no reviste del carácter de imprescriptibilidad-, en estricta aplicación del principio de favorabilidad, consagrado en los artículos 11.5 y 76.5 de la CRE; 2 del CP y CPP –aplicables al *sub lite*-, 5.2 y 16.2 del COIP, bajo el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia establecido en el artículo 1 de la CRE, se determina que en el caso traído a sede casacional, cuya fecha de formulación de cargos e inicio de instrucción fiscal es de 17 de abril de 2012, acorde con lo establecido por los artículos 98 y 101 del CP -en concordancia con lo previsto por los actuales artículos 16.4, 416.5 y 417.4 del COIP-, ha operado la extinción de la acción penal por prescripción, toda vez que –como quedó señalado-, el delito de concesiones ilegales, hoy tráfico de influencias -el que en definitiva debió aplicar el *ad quem*-, cuya pena es de prisión, la acción para perseguirlo prescribe en cinco años.

5. DECISIÓN:

Con los antecedentes jurídicos expuestos, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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 de lo previsto por el artículo 358 del CPP, por unanimidad, resuelve lo siguiente:

1. Declarar improcedente el recurso de casación deducido por la Procuraduría General del Estado, en su calidad de acusadora particular;
2. Aceptar los recursos de casación interpuestos por los procesados Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pablo Rafael Ochoa Ruilova;
3. Casar la sentencia emitida el 29 de mayo de 2020, las 16h02, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por indebida aplicación del artículo 257.1 del CP, cuando se debe aplicar el artículo 257.4 *ibídem* -hoy artículo 285 del COIP-;
4. Declarar a los recurrentes Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pablo Rafael Ochoa Ruilova, autores del delito de aprovechamiento del cargo para hacer conseciones ilegales, tipificado en el artículo 257.4 del CP (hoy tráfico de influencias, artículo 285 del COIP); y, en tal virtud, imponerles la pena de un año de prisión correccional, acorde a lo previsto en el artículo 257.2 *ibidem*;
5. Declarar la extinción de la acción penal por prescripción a favor de los ciudadanos Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pablo Rafael Ochoa Ruilova, al amparo de lo prescrito por los artículos 11.5, 76.5 de la CRE; 2 del CP y CPP –aplicables al *sub iúdice*-; 5.2, 16.2 del COIP, en estricta aplicación del principio de favorabilidad, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 16.4, 416.5 y 417.4 del COIP;
6. Levantar todas las medidas cautelares de orden real y personal que hayan sido dictadas en contra de los ciudadanos Pedro Leopoldo Quito Orellana, José Vicente Jaramillo Eguiguren y Pablo Rafael Ochoa Ruilova, lo cual, se ocupará el tribunal de ejecución; y,
7. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL Dr. Luis Adrián Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E).

X

Juicio Nro. *09901-2012-0012*
Resolución Nro. *1054-2021*
Fecha: *jueves 28 de octubre del 2021, las 13h09*

TEMA: Aplicación de una prueba directa vs una prueba indiciaria para revocar una sentencia y reestablecer el estado de inocencia del procesado.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de T. I. C. P., en calidad de autor del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 del Código Penal, en virtud de que habría disparado a dos ocupantes de una moto para robarles, dejando como resultado a uno gravemente herido y el otro fallecido.

En el presente caso se discute la posibilidad de revisar la sentencia, cuando en virtud de la nueva prueba se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de Guayas ratifica la inocencia del señor T. I. C. P., de los cargos que se le imputan por el delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 del Código Penal, puesto que no se ha podido corroborar su participación como autor directo del delito.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en razón del recurso de apelación planteado por Fiscalía, revoca la sentencia del a quo, condenando al procesado a 16 años de reclusión mayor especial, en virtud de una prueba indiciaria, que resulta de la declaración que rindió el único testigo presencial y sobreviviente, al policía que realizó la investigación del hecho, consistente en que identificó a la persona causante de los disparos que resultaron en la muerte de la otra víctima.

RESUMEN SENTENCIA DE CASACIÓN

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia declara la improcedencia del recurso de casación planteado, puesto que considera que la sentencia impugnada no es incoherente ni contradictoria en los antecedentes de hecho, lo razonado y lo que se ha concluido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09901-2012-0012

Juez Ponente: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, jueves 28 de octubre del 2021, las 13h09.
VISTOS.- El presente proceso penal, llega a conocimiento de este Tribunal, en virtud del recurso de revisión interpuesto por el sentenciado **Terry Israel Camacho Pacheco**, en contra de la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, dictada en su contra por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que aceptando el recurso de apelación planteado por Fiscalía General del Estado, revocó la sentencia dictada por el tribunal a-quo, y declaró su culpabilidad por el delito de asesinato tipificado en el artículo 450 numeral 1 del Código Penal, en calidad de autor, imponiéndole una pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. El Tribunal de la hoy Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa, y convocó a la audiencia oral, pública y de contradictorio respectiva, para la fundamentación del recurso de revisión, e instalada la referida diligencia judicial el día miércoles 09 de junio de 2021, escuchados los sujetos procesales, el órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 366 y 367 del Código de Procedimiento Penal aplicable a la presente causa, procedió a resolver el recurso, correspondiendo expedir la sentencia respectiva, debidamente motivada, en cumplimiento a la obligación constitucional y legal de la motivación de las resoluciones, establecida en los artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como las reglas del Código de Procedimiento Penal, aplicables al caso *in examine*.
1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.
El Consejo de la Judicatura, acatando lo estatuido en el artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en línea con lo que prevé el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las resoluciones Nos. 209-2017 y 08-2021, renovó parcialmente a las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, designando a las y los juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes, señalando además que en la última resolución referida, se designó a conjueces que se integran a la Institución.
Una vez precluidos los procesos de designación de las y los magistrados, proclamados los resultados respectivos de los concursos de méritos y oposición a través de las resoluciones referidas en el párrafo inmediato anterior, los días 26 de enero de 2018 y 03 de febrero de 2021, el Consejo de la Judicatura posesionó a las juezas y jueces que en su momento se integraron a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y en la última fecha referida, además a la conjueza y conjuez designados.
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, al amparo de la cita contenida en el artículo 182 primer inciso de la Constitución de la República, mediante resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero de 2018, y 02-2021 de 05 de febrero de 2021, conformó sus seis salas especializadas, según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183[1].

[1] **Integración.-** La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas:
1. De lo Contencioso Administrativo;
2. De lo Contencioso Tributario;
3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado;
4. De lo Civil y Mercantil;
5. De lo Laboral; y,
6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

De conformidad con los artículos 183 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 literal a) de la Resolución N° 04-2021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo de ley respectivo desarrollado el día 12 de febrero de 2021, a las 16h00, el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional designado por el Consejo de la Judicatura con fecha 03 de febrero de 2021, para que asuma su despacho en la Sala Penal, con los mismos deberes y atribuciones que el titular[2].

Mediante sorteo de ley, efectuado el día viernes 22 de febrero de 2021, las 17h06, acorde a lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a esta causa Nº 09901-2012-0012 quedó integrado por el abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional, y los doctores Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional, e Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo despacho es asumido por el doctor Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E), conforme lo señalado en el párrafo que antecede.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de revisión, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 359 y siguientes del Código de Procedimiento Penal aplicable al presente proceso.

2. NORMATIVA APLICABLE AL CASO SUB EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1. Tomando como referentes los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con las garantías normativas del ámbito temporal de aplicación de la ley penal[3] y la ley procesal penal[4], considerando que el caso *in examine* inició antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el recurso de revisión planteado es tramitado conforme las garantías normativas del Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes.

2.2. El recurso de revisión ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 345, y 366 y siguientes, del Código de Procedimiento Penal; ergo, y por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* en la tramitación del presente recurso que pueda influir en la decisión del mismo, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación

3 ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

3.1. El señor Terry Israel Camacho Pacheco, fue sometido al poder punitivo del Estado, mediante audiencia de formulación de cargos de 21 de marzo de 2010. El Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, Durán, abogado Julio Vásquez Varas, mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2010,

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres.
El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, integrará al menos una Sala. A pedido suyo, durante el tiempo que desempeñe la Presidencia, podrá actuar en su lugar la Conjueza o el Conjuez que se designe por sorteo.
Una Jueza o un Juez Nacional podrá integrar más de una Sala por necesidad del servicio de justicia, lo cual será resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respetando el principio de especialidad.
Cada Sala especializada nombrará a su Presidente o Presidenta para el período de un año, quien no podrá ser reelecto inmediatamente.

2 Oficio N° 117-SG-CNJ, de 12 de febrero de 2021.

3 **Código Orgánico Integral Penal:** ***" Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.-*** *Los sujetos del proceso penal y laso los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…)".*

4 Ibídem: ***" DISPOSICIONES TRANSITORIAS***
Primera.- *Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código".*

las 12h00, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado, en calidad de presunto autor del delito de asesinato tipificado y reprimido en el artículo 450 numerales 1, 4, 5, 7 y 8 del Código Penal.

3.2. Conforme se desprende del proceso, Fiscalía plantea su teoría del caso, mediante la cual determina el antecedente fáctico materia de juzgamiento, en los términos que siguen (**hechos**):

> "*(…) Según denuncia presentada por la señora Carla Esther Mercado Olivos, quien indica que vive en Durán, en la Ciudadela Ana María Almero, y que el 24 de enero del 2010, siendo aproximadamente las 00h30, en circunstancias que su esposo de nombres, Manuel Ángel Molina Sellan, de 20 años edad, circulaba en una moto en compañía de un amigo llamado 'Mero', y a la altura de la gasolinera ubicada en las calles Nicolás Lapentti y Jaime Nebot de Durán a la altura del Cementerio General, fue entonces interceptado por un auto Aveo, color plomo, en cuyo interior viajaba TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO, alias 'El trompudo', Guillermo Jahir Macías Yanzapata, alias 'Guillo', Julio N, alias 'El Cabo' y Fernando alias 'Ojito', se bajaron del carro y quisieron llevarse la moto, no pudieron, quisieron llevarse sus pertenencias, pero estos antisociales le dispararon a ambos ocupantes de la moto, su esposo recibió 10 disparos de bala, que lamentablemente falleció y su acompañante recibió 5 impactos de bala que lo dejaron gravemente herido. Según parte policial, puesto en conocimiento de la Fiscalía, indica que el 24 de enero del 2010, el señor agente Manuel Ponguillo Morán, Juan Gaibor Bolaños, Daniel Jara Mendoza, por delegación del Dr. René Ormaza, agente fiscal, se traslada a la avenida Nicolás Lapentti y Jaime Nebot, del Cantón Durán para verificar la presencia de un cadáver. Efectivamente el señor Juez conoce la situación, donde al tomar procedimiento identifican al fallecido con los nombres de Manuel Ángel Molina Sellan, además de una persona que resultó herida, donde el lugar de los hechos es una escena abierta, el occiso se encontraba en una calzada encima de una motocicleta color roja, con blanca. Al revisar el examen de la víctima presentaba 10 heridas con similares características a las producidas por paso de proyectil, impactado por armas de fuego. En ese parte policial además hace conocer que el occiso se encontraba vestido, se informa también que se trasladaron a la sala de emergencias del Hospital Guayaquil donde se tomó contacto con el ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, quien resultó herido y donde la señora Carla Mercado Olivos, la denunciante, lo identificó como 'Mero'. Indica que presentaba dos heridas con similares características de las producidas por el paso de proyectil, disparadas por arma de fuego. A la entrevista con el ciudadano de la referencia, indicó que salía de la gasolinera Primax, cuando de pronto se habían acercado 5 sujetos entre ellos a uno que lo conoce como Perry Israel Camacho Pacheco, es decir el hoy procesado, alias 'El trompudo', a bordo de un vehículo tipo auto, color blanco, el mismo que con pistola en mano le había disparado contra su humanidad, a ambos, quedando en la calzada realmente herido. Ocurrido el hecho delictivo las personas involucradas que andaban en el vehículo se habían dado a la fuga, con el arma en mano habían realizado varios disparos en contra del hoy fallecido y el ciudadano que resultó herido, (…)*".

3.3. El Primer Tribunal de Garantías Penales del Guayas, designado para conocer la causa, luego del trámite respectivo, emite su sentencia con fecha 27 de marzo de 2012, a las 15h00, declarando por voto de mayoría, en lo principal, la inocencia del revisionista Terry Israel Camacho Pacheco, de los cargos que se le imputan, al siguiente tenor:

> "*(…), de conformidad con lo dispuesto en el art. 304 A 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****, declara a TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO, (…)* ***INOCENTE*** *de los cargos que se imputan, se deja sin efecto todas las medidas cautelares en su contra y se ordena su inmediata libertad debiendo girarse en el día la correspondiente boleta de excarcelación. (…)*".

3.4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Fiscalía General del Estado, la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, mediante sentencia de lunes 31 de marzo de 2014, las 17h00, resolvió la impugnación propuesta, en los siguientes términos:

"*(…), ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta el recurso de apelación interpuesto y consecuentemente corrigiendo el yerro del Tribunal, revoca la sentencia subida en grado y en su lugar declara a TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO, AUTOR del delito tipificado en el Art. 450 del Código Penal, numeral 1º. Imponiéndole una pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL (…)*" (Sic).

3.5. En virtud del recurso de casación interpuesto oportunamente por el encausado, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dicta sentencia de fecha 14 de abril de 2015, a las 11h00, declarando la improcedencia del recurso de casación.

3.6. El sentenciado Terry Israel Camacho Pacheco, interpone recurso de revisión de la sentencia de condena emitida en su contra, esto es la dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, con fundamento en el artículo 359 y 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal.

3.7. El suscrito Tribunal de revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de martes 25 de mayo del 2021, las 11h04, convoca a audiencia de fundamentación del recurso, conforme las garantías normativas de los artículos 366 y más aplicables a este medio impugnatorio, del Código de Procedimiento Penal.

4. ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO.

4.1. Fundamentación del sentenciado recurrente.

El doctor Rómulo Ruperto Argudo Argudo, defensor técnico del revisionista Terry Israel Camacho Pacheco, fundamenta su recurso de revisión, al siguiente tenor:

"*Se ha interpuesto el recurso de revisión de conformidad con lo que establece el Art. 359 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, norma aplicable al presente caso; identifico la sentencia de la cual se ha interpuesto el recurso en mención. La sentencia fue emitida, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 31 de marzo del 2014, a las 17h00, sentencia en la cual la Sala aceptó el recurso de apelación propuesto por el señor Fiscal, aceptando el recurso y revocando la sentencia absolutoria o que confirmaba el estado de inocencia de mi defendido y que habría sido emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Guayas de fecha 27 de marzo del 2012, a las 15h00. En virtud de la aceptación del recurso de apelación, se declaró a mi defendido Terry Israel Camacho Pacheco en calidad de autor del delito tipificado en el Art. 450 del Código Penal en la circunstancia del numeral 1, esto es la existencia de la alevosía, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión. Se interpuso recurso de casación y este recurso fue concretamente declarado improcedente por los Jueces de Sala de la Corte Nacional de Justicia de aquel entonces, mediante Resolución de fecha 14 de abril del 2015, a las 11h00; de esta forma dejo identificada la sentencia que estoy impugnando que se trata de una sentencia condenatoria en contra de mi defendido, y que la misma se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la Ley, luego de que se agotaron los recursos ordinarios y extraordinarios como es el recurso de casación. El fundamento fáctico y jurídico del recurso que propongo es el siguiente: el hecho por el cual fue condenado mi defendido, ocurrió el 24 de enero del 2010, aproximadamente a las 00h00 a 00h30 de dicho día en el cantón Durán, provincia del Guayas, concretamente entre las calles Jaime Nebot y Nicolás Lapentti, cerca de una bomba de gasolina denominada Primax. ¿Qué ocurrió aquel día?, fundamentalmente los ciudadanos Víctor Moisés Arévalo Méndez y Manuel Ángel Molina Sellán, se encontraban aquel día y hora circulando en una motocicleta cuando fueron intempestivamente interceptados por un vehículo aveo color blanco del cual una persona realizó varios disparos contra la humanidad de estos dos ciudadanos, ocasionándose como consecuencia de aquellos disparos, la muerte de Manuel Ángel Molina Sellán y heridas graves o lesiones al ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez; en aquel lamentable evento intervinieron los agentes de policía Manuel Ponguillo Morán y Marcel Daniel Solís Plaza, quienes manifiestan haberse entrevistado con la persona sobreviviente*

y que esta persona habría indicado a estos agentes de policía que el causante de los disparos sería un ciudadano al que le apodan el trompudo y que se identificaba con el nombre de Terry Israel Camacho Pacheco. La sentencia condenatoria emitida en contra de mi defendido, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, en el considerando Quinto en lo medular manifiesta, que si bien dentro del caso no existe prueba directa de la participación de mi defendido en este lamentable evento, existe prueba indirecta o indiciaria; es decir, indicios, y se refieren fundamentalmente a la declaración de los dos agentes de policía que se habrían entrevistado con el testigo sobreviviente; lamentablemente en el desarrollo de la investigación fiscal, ni tampoco en la audiencia de juicio compareció a declarar el testigo presencial de los hechos al que yo me atrevo a denominar testigo sobreviviente, ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez. Lamentablemente con este análisis de prueba indiciaria, se condenó a mi defendido como autor del delito de asesinato tipificado en el Art. 450 en la circunstancia 1 del Código Penal ecuatoriano vigente a la época. Hoy nosotros, les traemos a ustedes para que se recepte la declaración del testigo presencial, del testigo sobreviviente, cuyo objetivo o cuyo elemento fundamental, o más bien dicho, la información que va a proporcionar a ustedes, está relacionada a lo siguiente, a informar si efectivamente él es el testigo sobreviviente y constató los hechos ocurridos el 24 de enero del 2010 aproximadamente a las 00h00 a 00h30, si él efectivamente comunicó a los agentes de policía Manuel Ponguillo Morán y Marcel Solís Plaza, que identificó a una persona que era la causante de los disparos, al denominado alias 'trompudo', si él efectivamente identifica a Terry Israel Camacho Pacheco como la persona que realizó estos disparos y si él habría salido del país entre los años 2010 a 2014 para evitar cumplir con su obligación de concurrir a la administración de justicia y rendir información; es decir, declarar sobre los hechos de los cuales él fue víctima y presenció. Con esta circunstancia, solicito en razón de que la causal por la cual he interpuesto el recurso de revisión, es la contenida en el Art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal que se refiere al hecho de, cuando se demuestre que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó, solicito se practique prueba en este momento procesal, concretamente solicito se recepte la declaración del ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, cuya declaración es trascendental dentro de la presente causa, por ser el testigo presencial, único testigo presencial y sobreviviente al evento relatado, ocurrido el 24 de enero del 2010. Anuncié también prueba documental y que hace ver que este ciudadano, por lealtad procesal, se encuentra privado de libertad en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley No. 1 del cantón Guayaquil, documento que por lealtad procesal también debo indicar, fue incorporado al expediente en la petición misma del recurso de revisión; solicito acepten la declaración del testigo en mención".

4.2. Prueba practicada en la audiencia, a petición del recurrente:

4.2.1 Prueba documental.- En calidad de prueba documental se presenta el certificado conferido por el Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley, del cantón Guayaquil N° 1, Secretaría General, documento que es firmado por el abogado José Arauz Feijoo, Secretario Delegado, quien en lo fundamental manifiesta que el Departamento de Secretaría certifica que según archivo correspondiente, el privado de libertad Arévalo Méndez Víctor Moisés, ingresó a ese Centro Penitenciario el 09 de marzo del 2020, a órdenes de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Durán, dentro de la causa 09287-2020-00440 por el delito de Tenencia y Porte de Armas, el mencionado privado de libertad según archivo, sí permanece en este Centro Penitenciario; el certificado es de fecha 20 de enero de 2021, que se pone a disposición de Secretaría para el principio de contradicción.

4.2.2 Prueba Testimonial.-

Testimonio rendido por parte de Víctor Moisés Arévalo Méndez, quien comparece en conexión telemática:

Generales de ley: Victor Moisés Arévalo Méndez, C.C. 0923000335, ecuatoriano, domiciliado en Guayaquil, en Socio Vivienda 1, de ocupación maestro en construcción, de 31 años de edad, de estado civil unión libre.

Debidamente juramentado, y advertido que, de faltar a la verdad bajo juramento incurriría en el delito de perjurio conforme el artículo 270

del Código Orgánico Integral Penal, procede a contestar:

i) Requerimientos efectuados por el sentenciado recurrente a través de su defensor técnico:

P: *¿Qué conoce usted de los hechos ocurridos el 24 de enero del 2010 aproximadamente a las 00h00 a 00h30, evento en el cual perdió la vida el ciudadano Manuel Ángel Molina Sellán?.* ***R:*** *Si me recuerdo exactamente todo lo que pasó el 24 de enero del 2010.* ***P:*** *¿Qué conoce de lo que sucedió?.* ***R:*** *El 24 de enero del 2010 yo paseaba por mí ciudadela en el cantón Durán, yo andaba circulando caminando, en la cual me encontré con mi amigo Manuel Ángel Molina Sellán, mi amigo de la iglesia, lo conocí en la iglesia; en ese entonces él andaba en una moto, un poco en estado etílico, me dijo vamos a dar una vuelta, yo acepté, me subí a la motocicleta y nos fuimos a pasear por Durán, él incluso me llevaba por su casa presentándome a la madre de sus hijos, me presentó a otra chica; así sucesivamente me cargaba recorriendo sectores aledaños de Durán. Saliendo del hogar de donde vive la mamá de los hijos, él me dice vámonos a dar una vuelta al centro de Durán, pero antes de llegar al centro, íbamos por la avenida Jaime Nebot con dirección a la gasolinera Primax; nosotros al llegar a la gasolinera, llegando ya cerca a la Av. Nicolás Lapentti, viramos en U para ir a la gasolinera, cuando nosotros giramos en U, yo no me percaté que un aveo blanco venía siguiéndonos a nosotros, sólo alcancé a ver que en ese momento fue que un hombre de tez negra, raza negra, alto, corpulento, de pelo negro casquillo, sacó su arma y nos disparó de la parte de atrás del copiloto del aveo blanco, en la cual yo alcanzo a ver que nos vienen disparando, yo lo único que pude hacer para salvaguardar mi vida, fue lanzarme de la moto, en ese momento cuando me lancé de la moto, yo caí en media calle, en la Av. Jaime Nebot en dirección al Registro Civil, yo quedé tendido en media calle; el aveo blanco a medida que iba girando en U, me iba disparando, mi amigo que iba en la moto se iba yendo, cuando él se iba yendo, yo quedo tendido en el piso, en la calle y el hombre que estoy comentado, me quedó viendo y lo pude reconocer que era un hombre negro, corpulento de pelo negro, eso fue lo que pude ver y me terminó de disparar y él iba siguiendo al chico de la moto, o sea a mi amigo Manuel, cuando él entró a la gasolinera en contravía, el aveo blanco iba atrás de él, hasta ahí en ese entonces yo pude ver lo que estaba pasando a mi amigo, porque la gasolinera como toda gasolinera, hay un minimarket donde puedes acercarte a comprar una cola, que se yo, entonces ese minimarket no me permitía ver lo que le estaba pasando a mi amigo. Hace mucho tiempo atrás en la gasolinera Primax había una agencia bancaria del Banco Bolivariano, en la cual había un faro grandote cubierto de planta y eso me tapaba la visibilidad para poder ver lo que le estaba pasando a mi amigo; en ese entonces el Aveo blanco, salió de la gasolinera a la Av. Nicolás Lapentti frente al estadio de Durán, se paró en media calle y volvió hacerme tres a cuatro disparos a mi humanidad a una distancia de 15 metros si quiera, a 20 metros, hasta más podría ser; ya ahí ellos realizaron los últimos disparos y se fueron con dirección al puente como que se iban para Guayaquil, pasó media hora que estuve tirado en el piso, en la cual no sabía lo que a mi amigo Manuel le había pasado, porque no veía, porque él quedó adentro de la gasolinera y yo nunca quedé disparado adentro de la gasolinera, yo quedé en la avenida en dirección al Registro Civil de Durán, entonces cuando yo ya me quedé ahí solo, sin la ayuda de nadie, porque no tuve la ayuda de ningún ciudadano, de ninguna persona, yo estaba en pocas palabras asustado porque no sabía lo que estaba pasando, no sabía si le querían quitar la moto, no sabía lo que estaba pasando; cuando llegaron tres policías, Policía Nacional en un patrullero, ellos fueron las personas que a mí me marcaron al patrullero y me llevaron al Hospital del Seguro, ahí a mí nadie me quiso atender, absolutamente nadie, en la cual optaron por llevarme al Hospital Guayaquil, ahí sólo estaba mi madre, mi familia que es mi madre que es la única persona que estuvo ahí a mi lado en ese momento que estaba disparado, se presentaron dos policías judiciales; la verdad yo estaba asustado porque no me di cuenta quienes eran ellos, pero por su vestimenta, su forma de hablar y su radio que tenían en la cintura, me di cuenta que eran policías porque cargaban un cuadernito, y ellos me preguntaron a mí ¿qué pasó?, y les respondí esto a los policías judiciales: 'que un aveo blanco se nos acercó girando en U y ellos también*

girando en U, y en repetidas ocasiones el hombre que alcancé a ver era un hombre de tez negra, corpulento, alto, le alcancé a ver su medio cuerpo, pelo casquillo negro, sacó su mano con la pistola y nos disparó en repetidas ocasiones', y yo le comenté a la policía que me estaban investigando, que no sé lo que estaba pasando, que no sé, si quisieron llevarse la moto, porque yo lo que hice fue lanzarme de la moto; vuelvo y repito, la persona que yo alcancé a ver que me disparó, era una persona de piel morena, esas fueron todas las palabras que yo les dije a los señores policías judiciales, entonces ellos ahí, bueno todavía no se iban, estaban ahí y mi mamá les dio el número de celular de ella, les dio mi número de celular, que quizá ya no lo recuerdo, porque tiene más de diez años y el nuevo chip lo tengo hace unos dos años o tres años; ellos me dijeron bueno te has salvado de morir, ten cuidado, esas fueron las últimas palabras de los policías judiciales, que me he salvado de la muerte y que tengo que cuidarme, yo no dije ninguna versión, ellos no me hicieron firmar un papel en el cual estuve hospitalizado trece a catorce, quince días, no recuerdo bien, me operaron, salí del hospital, regresé a mi hogar, estuve seis meses tratando de recuperarme de mi pierna, porque yo tuve cinco impactos de bala, dos en la pierna izquierda, que gracias a Dios, no me tocó ningún hueso, pero la pierna derecha tengo un impacto de bala que marcó mi vida, me quebró el pie y no me permite trabajar en lo que hacía en la construcción porque era un trabajo pesado. Yo cuando me recuperé y pude caminar un poquito, opté por hablar con mi familia y decirle a mi madre que me saque de Durán, yo salí de Durán y me fui a vivir a otro lado, por miedo a lo que me había pasado, entonces mi recuperación la terminé en otra vivienda, en la cual yo nunca recibí ninguna notificación para que yo rinda una versión sobre este caso que para mí es un balde de agua fría porque nunca me imaginé encontrarme con Israel Terry Camacho Pacheco, que lo conozco por el hermano de él que jugó conmigo en la Academia Cemento Rocafuerte, que es una academia de fútbol vía a la costa, yo jugué con el hermano de él y por medio del hermano lo conozco a él. Aparte de eso que yo ya me fui de mi vivienda, me quedé viviendo en Guayaquil, yo me encuentro con él aquí y para mí es algo que me cae un balde de agua fría porque nunca me imaginé encontrarlo a él aquí, porque él está en un pabellón y yo en otro pabellón, dialogamos de este tema y mi única verdad es que él a mí no me ha disparado, la persona que me disparó vuelvo y repito es una persona de color, piel negra, alto, pelo casquillo negro, al final no me recuerdo muy bien, pero eso recuerdo desde mi punto de vista, yo vi eso, que la persona que me disparó era una persona negra. Lo que no entiendo, ¿por qué Israel sigue detenido por algo que no hizo?, porque yo simplemente soy el que sé la verdad, y la verdad es que el a mí no me ha disparado, la persona que me disparó, yo creo que si me lo pusieran en una foto, yo lo reconociera, eso es todo lo que tengo que decir. ***P:*** *¿Conoce usted con el nombre y apellido a esta persona de raza negra que dice usted, o una persona de piel negra que es la persona que realizó los disparos desde el Aveo blanco?.* ***R:*** *No, a la persona que me disparó la reconozco viéndola, mirándola, pero no la reconozco por su nombre porque en sí, vuelvo y repito yo me lancé de la moto y cuando me lancé de la moto, yo ya estaba disparado, ya mi pierna estaba quebrada y sin embargo el carro, el aveo blanco seguía girando en U y me seguía disparando y a la persona que alcancé a ver era una persona de raza negra, alta, con pelo casquillo negro, que viéndolo yo lo puedo reconocer, pero por nombre no lo puedo reconocer, ya son más de diez años que han pasado.* ***P:*** *¿Qué pasó ese día con su amigo Manuel* Ángel *Molina Sellán?.* ***R:*** *Nosotros* íbamos *a la gasolinera girando en U, y girando en U se acercó el aveo blanco, el hombre que venía disparando es de piel negra, pelo casquillo, alto, él fue que sacó su medio cuerpo por la ventana, o sea atrás del copiloto, él iba atrás y él fue la persona que disparó contra la humanidad mía y de Manuel Ángel Molina Sellán, pero en ese evento en el momento que pasó eso, mi amigo se iba yendo, el que estaba para morir era yo, porque los primeros disparos fui yo el que quedé en el piso, él se iba yendo, él no tenía por qué haberle pasado eso, él se iba yendo, sino que él entra a la gasolinera y ahí ellos iban siguiéndolo a él, pero como le estoy explicando, yo ya no alcancé a visibilizar hasta ahí, porque yo ya estaba tirado en el piso, ya con mi pierna quebrada, yo creo que con mi pierna quebrada no me voy a parar a ver lo*

que estaba pasando. ***P:*** *¿Manuel Ángel Molina Sellán sobrevivió a ese evento?.* ***R:*** *No le puede decir si sí o si no, porque vuelvo y repito, yo no lo vi. A mí me dispararon primero, y él se iba yendo, yo quiero que entienda esa parte, que a él no lo vi si se le bajaron o no se le bajaron, pero yo digo una cosa, en la gasolinera hay personas que trabajan, que estuvieron cerca, yo estaba en la Av. Jaime Nebot que va en dirección al Registro Civil, por eso le explico que yo no lo alcancé a ver porque yo estaba en la calle, no adentro de la gasolinera, yo quedé en la calle, a unos diez metros de distancia de él.* ***P:*** *¿Después de lo que usted nos ha narrado, conoció que Manuel Ángel Molina Sellán murió ese día?.* ***R:*** *Yo no tuve comunicación con la familia, con nadie, no supe si él vivió, murió, no, porque mi familia optó por cuidarme día y noche por temor a que me llegue a pasar algo, mi mamá me cuidaba de día y mi papá en la noche, por el cual me enteré, a los dos o tres días por mi papá, porque vivía cerca a la casa de la familia de él, y aquí en Guayaquil hay una familia que vive cerca, o sea una tía mía, porque vuelvo y repito, al chico lo conocí en la Iglesia de la Primavera 1, ellos asistían a una iglesia, ahí lo conocí a él, entonces la familia le dice a mi familia que él falleció, pero yo me enteré a los dos días, a mí nunca me notificaron, ni me fueron a ver al hospital y me dijeron que el murió, nada, eso yo nunca supe nada.* ***P:*** *¿Conoce usted a Terry Israel Camacho Pacheco?.* ***R:*** Sí lo conozco, y se lo pronuncié hace unos minutos antes que *yo a él lo conocí por el hermano, Zenón Camacho Pacheco, yo jugué con él en la Academia Cemento Rocafuerte de Guayaquil, en una academia de fútbol y por medio del hermano de él, asistíamos a jugar indor en la cancha de la ciudadela Primavera 1, que ahí está la escuela Rómulo Viteri Baquerizo, ahí yo jugaba con el hermano de* él, y ahí *Israel llegaba a vernos jugar indor, porque él no jugaba indor, sino andaba con nosotros.* ***P:*** *¿Nos puede indicar el* año aproximado *en el que conoció usted a Terry Israel Camacho Pacheco?.* ***R:*** *En el 2005, créame que son tantos años los que han pasado, yo estaba niño, ahorita tengo 31 años y tengo ocho a diez años que vivo acá en Guayaquil en Socio Vivienda 1, en la cual radiqué mi hogar y mi familia ahí y no regresé más a Durán.* ***P:*** *¿Conoce usted al ciudadano con el alias el trompudo?.* ***R:*** *No.* ***P:*** *¿Usted el 24 de enero del 2010 dijo a los policías que le ayudaron, usted ha dicho que le llevaron a un centro de atención médica, que el causante de los disparos es el ciudadano denominado el trompudo a quien le llaman Terry Israel Camacho Pacheco?.* ***R:*** *No, yo de eso no sé nada, nada que ver.* ***P:*** *¿Dijo eso usted a los policías sí o no?.* ***R:*** *Yo no he dicho ninguna versión a los policías, yo le dije lo que le dije hace unos minutos cuando los policías me fueron a investigar, pero vuelvo y le repito yo le dije a los policías que en un Aveo blanco un hombre de color piel negra, corpulento, zambo negro, pelo negro fue la persona que me disparó a mí, yo no dije de ningún alias, ni de nada.* ***P:*** *¿Terry Israel Camacho Pacheco, quien usted dice conocerle desde el 2005 más o menos, fue la persona que el 24 de enero del 2010 a las 00h00, le realizó los disparos a usted?.* ***R:*** *No, él no me disparó.* ***P:*** *¿Entre el año 2010 al 2014 usted salió del país a algún otro lugar?.* ***R:*** *Jamás, nunca he salido del país.* ***P:*** *¿Por qué no ha declarado esto ante una autoridad o un Juez?.* ***R:*** *Vuelvo y le repito, yo estuve seis meses postrado en una cama sin que a mí me llegue ninguna notificación, de la cual yo le di mi número de celular al PJ, policía judicial que no me recuerdo el nombre porque eran dos, a los dos les di el número de mi mamá y el mío, en la cual nunca llegaron a la dirección de Durán, a mi ningún policía me fue a tocar la puerta de mi casa para que me diga usted tiene que presentarse para rendir su versión, yo jamás he recibido una notificación y aquí vengo a enterarme de esto.* ***P:*** *¿Cómo se enteró que en este caso habría sido condenado el ciudadano Terry Israel Camacho Pacheco como el autor de los disparos?.* ***R:*** *Como le estuve diciendo, yo aquí tengo tres problemas, por coincidencia que me vinieron a ver, yo tuve que salir al policlínico porque yo soy operado de la pierna y me dolía la pierna, entonces salí y por coincidencia él venía llegando, en el cual pudimos conversar de este tema, porque si se supone que si* él hubiera sido esa persona yo no le paro bola, pero como lo conozco a él y sé que *a mi no me disparó, entonces por lógica hablamos del tema, entonces fue algo que nunca lo imaginé, yo salí al policlínico porque tengo aquí en este dedo, en este dedo me inyecté con una aguja y tuve que salir para hacerme inyectar, tanto*

como la pierna y la mano casi la pierdo, porque aquí no hay como curarse, entonces por coincidencia me encontré con él y pudimos hablar de este tema, entonces tengo que decir mi verdad y estoy aquí para decir mi verdad, lo que le estoy diciendo. ***P:*** ¿Todo lo que usted *ha dicho, lo ha dicho de manera libre y voluntaria o está obligado para declarar esto?.* ***R:*** *Libre y voluntario, no tengo a nadie, ni nadie me ha intimidado, no me han amenazado, lo hago por la misericordia de Dios y porque Dios tiene que saber que tengo que decir la verdad y mi verdad es lo que le estoy comentando en esta audiencia virtual.*

ii) Interrogatorio por parte de la Fiscalía General del Estado, a través de su delegada doctora Paulina Garcés Cevallos*:*

P: *¿Quién le solicitó a usted que declare el día de hoy?.* ***R:*** *Lo que pasa es que a mí en mi pabellón me llegó una notificación, que ni yo tampoco lo sabía, pero como yo ya me encontré con él aquí afuera por coincidencia como se lo estaba comentando, entonces yo dije que aquí a mañana me han de venir a llamar por este caso, pero antes de salir a una audiencia a nosotros nos vienen a notificar que tenemos que salir, esa fue la notificación que a mí me llegó que tenía que rendir versión en esta audiencia.* ***P:*** *¿Pero me imagino que alguna persona habló con usted para que decirle que declare?.* ***R:*** *A mí no me ha pedido nadie, vuelvo y lo repito, me llegó un papelito, una notificación a mi pabellón, a nosotros nos notifican que tenemos que salir a la dirección a rendir, que sé yo, audiencia, versión, Fiscalía, hasta para el policlínico, entonces me llegó una notificación en la cual yo tenía que salir y aquí estoy.* ***P:*** *¿En cuántas ocasiones se ha reunido usted con el señor Israel Camacho en prisión?.* ***R:*** *Yo no me he reunido con él, la vez que yo salí al policlínico aquí, fue la coincidencia que yo me encontré con él.* ***P:*** *¿Algún abogado ha hablado con usted?.* ***R:*** *Conmigo no, yo no tengo abogado, estoy aquí solo, no tengo ni para irme libre, quisiera irme libre, pero por falta de dinero y recursos económicos de mi familia es lo que está pasando hoy.*

iii) Aclaraciones solicitadas por parte de la doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional:

P: *¿Quién es el trompudo, explíqueme?.* ***R:*** *Yo no le puedo explicar porque no conozco a ese trompudo que usted me pronuncia, no lo conozco, yo estoy solo, a mí no me ha asesorado nadie.* ***P:*** *¿Quién le dijo que diga la verdad?.* ***R:*** *Yo estoy en una audiencia, yo tengo que decir mi verdad y mi verdad es lo que le estoy diciendo.* ***P:*** *¿Quién le dijo que usted cuente la verdad?.* ***R:*** *Porque yo estoy en una audiencia, yo tengo que decir lo que yo sé, y yo sé lo que a mí me pasó el día 24 de enero del 2010, esa es mi verdad, lo que le conté.* ***P:*** *¿Entonces* cómo sabía qué *es lo que tiene que declarar aquí?.* ***R:*** *Porque vuelvo y le repito, me llegó la notificación, yo no sabía, a mí me cayó un balde de agua fría.*

iv) Aclaraciones solicitadas por parte del doctor Adrián Rojas Calle, Juez Nacional Ponente:

P: *¿Usted dice que se encuentra con el señor Camacho en el policlínico; lo que deseamos saber, si luego de enterarse que el señor Camacho está preso por el homicidio de la persona que usted antes refirió, él le dijo o alguien le dijo que usted hoy o fechas anteriores a esta convocatoria, diga la verdad de lo que ocurrió?.* ***R:*** *No señor, con todo respeto le vuelvo a repetir, que a mí nadie me ha obligado, ni me ha dicho que venga a presentarme a esta audiencia.* ***P:*** *¿Qué persona le dijo que usted diga la verdad?.* ***R:*** *Ninguna persona, a mí no me ha dicho ninguna persona, no tengo abogado.*

4.3. Alegatos de los sujetos procesales.

4.3.1 Intervención del doctor Rómulo Ruperto Argudo, en representación del sentenciado recurrente Terry Israel Camacho Pacheco, quien manifiesta:

"*Ofrecí en esta diligencia, en mi alegato inicial demostrará que efectivamente el 24 de enero del 2010, a las 00h00 a 00h30, se suscitó un evento en el cantón Durán, provincia del Guayas, concretamente entre las calles Jaime Nebot y Nicolás Lapentti en donde habría perdido la vida el ciudadano de nombres Manuel Ángel Molina Sellán; según el expediente que consta en sus manos la causa de la muerte de él, en el examen médico legal, nos dice que es por varias heridas de armas de fuego; dentro del propio expediente que consta en sus manos, consta el parte policial de fs. 44, elaborado por el agente de policía Manuel Ponguillo Morán, Juan Gaibor Baños y Daniel Jara Mendoza sobre el evento, la concurrencia al lugar de los hechos y la supuesta información que habría proporcionado a quien identifican plenamente como testigo sobreviviente, al señor*

Víctor Moisés Arévalo Méndez, a esa época de veinte años de edad y con el número de cédula 0923000335; es decir, identifican plenamente al testigo sobreviviente; ustedes revisará de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sala Especializada de lo Penal, que en lo medular al analizar la misma, refieren que condenan a mi defendido con prueba indiciaria, puesto que no hubo prueba directa en razón de que el ciudadano testigo sobreviviente Víctor Moisés Arévalo Méndez, no compareció jamás a declarar, no rindió versión en Fiscalía, no dio declaración en audiencia de juicio y ese testimonio no fue valorado. Con esta prueba indiciaria declararon la culpabilidad de mi defendido, revocaron la sentencia de primer nivel emitida por el Tribunal que confirmaba su estado de inocencia; finalmente como decía en el recurso de casación, se desechó el recurso, desde esa fecha mi defendido se encuentra privado de la libertad, han pasado varios años desde el 21 de marzo del 2010, que consta del expediente haber sido privado de la libertad mi defendido, hasta la fecha han pasado más de diez años, no ha sido fácil a mi defendido ubicar al testigo sobreviviente, logra ubicar al testigo sobreviviente a razón de un encuentro casual en el centro penitenciario en donde se encuentran las dos personas, y es allí donde mi defendido identifica a este ciudadano como *el testigo sobreviviente; este ciudadano que antes no había dado declaración, hoy ha podido concurrir ante su autoridad, lo que antes no hizo Fiscalía, ni la Policía Nacional, hoy se ha podido hacer y este ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, a quien le iniciamos realizando una primera pregunta: si él recordaba lo que ocurrió el 24 de enero del 2010, a las 00h00, en donde murió su amigo, y él nos has dicho que sí, y le hemos pedido que narre qué ocurrió, y* él ha narrado con lujo de detalles lo que *ha ocurrido, y nos ha dicho que le llama la atención que efectivamente en este caso, este condenado Terry Israel Camacho Pacheco a quien conoce desde el año 2005 por su hermano con quien jugaban y compartían actividades deportivas en el Club Rocafuerte; él nos dice que efectivamente identifica aquella persona que realizó los disparos en contra su humanidad y también la de su amigo, aunque él dice que finalmente, no llegó a ver quién termina matando a su amigo, pero es importantísimo, él identifica a una persona de raza negra, de piel negra, que es la persona que realiza los disparos y cuando se le preguntó si él sabe los nombres de esa persona, él nos dice que no, pero que sí puede reconocerlo si lo vuelve a ver, nos dice algo importantísimo, que no fue Terry Israel Camacho Pacheco el causante de estos disparos en contra de él. Es importantísimo esto, porque las declaraciones de los agentes de policía que fueron tomados como prueba indiciaria para emitir la sentencia condenatoria, me estoy refiriendo a Manuel Ponguillo Morán y Marcel Daniel Solís Plaza, no se compadece con la realidad. Qué nos dice la doctrina sobre este tema, me he permitido traer a esta diligencia al profesor Jorge Zabala Baquerizo, su libro Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo 10 de la editorial Edino, por ser la realmente aplicable al caso, pues él narra y describe obviamente estas circunstancias, estos cargos encajan dentro del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, al referirse a la cuarta causa del recurso de casación nos dice; que se exige prueba respecto a la responsabilidad, del condenado y que se fundamente en un error en la apreciación causal entre el acto y el acusado; es evidente aquí que la prueba indiciaria como lo valoró la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sala Especializada de lo Penal, partió de un grave error, el error de la información proporcionada por dos agentes de policía sin que se verifique si eso era real, obteniendo la declaración de Víctor Moisés Arévalo Méndez. Continúa el profesor y nos dice: si se establece con posterioridad a la emisión de una sentencia, que era físicamente imposible que el acusado hubiera intervenido en el delito declarado jurídicamente existente, proceda la revisión por el motivo analizado, la responsabilidad declarada en sentencia no se adviene con la verdad histórica, por lo cual, debe ser revisada la sentencia que condenó como responsable en el grado de autor al condenado. Es evidente que, en el presente caso, el testigo sobreviviente, quien ha referido, que declara de manera libre y voluntaria, además ha referido que no ha habido una persona que se le acerque a decir que diga la verdad, que* él *ha dicho la verdad porque le llamaron a declarar y recuerden que nuestro interrogatorio empezó pidiéndole que él diga si recuerda lo que ocurrió el 24 de enero del 2010 a las 00h00. Es decir, este*

testimonio libre, espontáneo, voluntario, además proveniente nada más ni nada menos del testigo sobreviviente, plenamente identificado dentro del proceso, demuestra con absoluta claridad que efectivamente la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que revocó la sentencia de primer nivel que confirmaba el estado de inocencia y ahora declaraba la culpabilidad de mi defendido, tiene un error, y por lo tanto, al haberse probado en esta diligencia que efectivamente ha ocurrido y es aplicable la causal cuarta del Art. 360 del CPP, es decir, se ha demostrado que el sentenciado Terry Israel Camacho Pacheco, no es el responsable de la muerte de la persona a quien se le privó de la vida, al ciudadano Manuel Ángel Molina Sellán, que no es mi defendido quien realizó esos disparos, puesto que de la información proporcionada por él, es otra persona, de raza negra, de piel de color negra como ha dicho él, quien ha causado esos disparos. Se ha demostrado, la plena aplicabilidad de la causal que ha sido invocada para la aplicación en este caso y se declare la pertinencia de la causal, en este caso del recurso de revisión, esto es el numeral 4 del Art. 360 del CPP. Solicito, por tanto, con la prueba actuada en esta diligencia, se dignen vosotros restablecer el estado de inocencia de mi defendido y emitir una sentencia que confirme el estado de inocencia de Terry Israel Camacho Pacheco, por corresponder esa a la verdad sobre todo histórica de los hechos ocurrido el 24 de enero del 2010".

4.3.2 Intervención de la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado, en uso de su derecho de contradicción:

"*En sí el abogado ha fundamentado el recurso de revisión en la causal cuarta del Art. 360 del CPP, que establece que tiene que demostrarse que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó, para lo cual el Art. 360 del CPP que es el aplicable a este caso, requiere de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada; yo creo que existe primero un error en la causal escogida por parte del abogado, pues considero que en este caso lo que correspondía o debió haber correspondido si esa fuera la verdad, sería la causal tercera del Art. 360 de la norma ya referida, es decir que la sentencia se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados y habló de aquello, porque el señor abogado con el testimonio de Arévalo Méndez Víctor Moisés aparentemente pretende demostrar que los testimonios rendidos por los agentes policiales, estos son los señores Ponguillo, Gaibor y Jara, estarían faltando a la verdad y los tres policías deberían ser ordenados su enjuiciamiento de forma inmediata por haber dado una declaración falsa sobre la participación de una persona, y la pregunta que me lleva a hacerlo, es ¿por qué razón los tres policías, Ponguillo, Gaibor y Jara Mendoza, debían mentir?, no se ha justificado la causal en los términos, por eso digo que le abogado confundió la causal, porque lo que debió haberse demostrado es ¿por qué razón los tres policías mintieron?, porque es eso lo que se quiso demostrar, que los policías mintieron que el señor Arévalo Méndez Víctor Moisés que se dice ser, además es uno de los ofendidos en este caso, después de once años viene a referir hechos; resulta altamente sospechosa la posibilidad de que solamente después de que ambos coincidieron, el hoy testigo Arévalo Méndez Víctor Moisés y el señor Terry Israel Camacho Pacheco, una vez que los dos han coincidido en el Centro de Privación de Libertad No. 1 de Guayaquil, es que se proceda a los once años a hacer este juicio de revisión y, todo lo señalado por el señor Víctor Moisés Arévalo estuvo siempre direccionado a tratar de determinar que el señor Terry Israel Camacho Pacheco, no es el autor del hecho; pero yo me pregunto: dice que seis meses estuvo en recuperación, pero han pasado once años desde que el hecho se cometió, ¿cómo es posible que una persona que sabe que se está condenando?, porque en el medio todos ellos se conocen, todos ellos saben muy bien cómo son las cosas, ¿cómo es que no concurrió a decir la verdad?, todo eso, la declaración de él estuvo muy bien aprendida, yo veo que no dejó un cabo suelto, por esa razón Fiscalía no hizo muchas preguntas, que la verdad es que esta declaración rendida es una declaración que no tiene, yo no le encuentro sustento, excepto en el hecho de que después solamente de este encuentro coincidente con Camacho es que procede a hacer la declaración, fue muy clara esta negativa, esta forma tan locuaz de evitar indicarnos a la Fiscalía y a ustedes, ¿quién le pidió que venga a declarar?, eso nada más me lleva a mí a la*

*duda, a saber, que no es verdadera esta declaración; ¿*cómo *es posible que no pueda decir, sí vino un abogado y me dijo señor usted vaya, el señor Camacho me pidió, no, obviamente él siempre trató de evitar esa argumentación, este señalamiento, entonces vuelvo a esto, entonces ¿por qué razón los policías Ponguillo, Gaibor y Jara, mintieron?, tendría que pedirse entonces un enjuiciamiento como vuelvo a referir y si ustedes aceptan la revisión tendrían que pedir el enjuiciamiento inmediato de estos tres policías por estos hechos, porque ellos bajo juramento han mentido. El recurso de revisión, es un recurso post condena sin lugar a dudas, pero sigue siendo extraordinario, pero es un recurso que surge cuando se establece realmente que una persona no es culpable de los hechos; no se puede en el caso de la revisión, como lo dice la doctrina y la jurisprudencia, la propia Corte Nacional y la Corte Suprema también, desde la Suprema y la Nacional, sigue manteniéndose el mismo criterio, no se puede en este tipo de casos generar duda sobre participación de las personas, la prueba que se presente tiene que ser una prueba directa, contundente, tiene que ser una prueba totalmente eficaz, que pueda establecer sin lugar a dudas que una persona es inocente, que hubo un equívoco en el Juzgador, pero en este caso no encuentro que la declaración de Víctor Moisés Arévalo* Méndez*, cumpla esa particularidad, creo también y vuelvo a reiterarlo sin querer ser repetitiva, pero que hubo un error en la causal escogida por la defensa para poder sostener esta causa y en mi criterio, yo considero que esta única declaración no constituye en este punto una declaración suficiente, una prueba suficientemente eficaz como para romper la cosa juzgada, por lo que solicito que se deseche este recurso y que en cualquiera de estos dos casos, se disponga la investigación por parte de Fiscalía de la actuación de Ponguillo, Gaibor y Jara Mendoza, a fin de establecer por qué razón ellos mintieron según lo que dice Arévalo Méndez, ¿por qué estas personas mintieron en este caso?. Por lo dicho y una vez que Fiscalía no estima que realmente este elemento probatorio, tenga la fuerza suficiente por la duda que genera y porque el señor jamás pudo establecer quién le pidió que venga a declarar, por lo cual solicito a ustedes que se niegue este recurso y que se confirme la sentencia de condena por no haberse podido levantar la cosa juzgada; es decir, que no se ha podido romper este principio de seguridad jurídica a través del recurso de revisión, porque no existe prueba directa, sino solamente hay una cierta duda que ha generado nada más, en este caso para la revisión no procede*".

4.3.3 Intervención del doctor Rómulo Ruperto Argudo, en representación del sentenciado recurrente **Terry Israel Camacho Pacheco, en uso de su derecho a la réplica:**

"*La señora Fiscal nos ha dicho, que genera sospecha la declaración rendida por mi defendido que ha dado una declaración con lujo de detales luego de once años; por qué no nos preguntamos ¿por qué no genera sospecha que también la Fiscalía que tiene todo el aparataje estatal para hacer comparecer a los testigos, no haya hecho comparecer al testigo estrella, al único testigo presencial, testigo sobreviviente, a la audiencia de juicio, cuando a decir del propio testigo permanece en su domicilio por cerca de 6 meses sin que ningún agente de policía le visite más allá de los dos agentes que llegaron a los días después de haber sido herido el ciudadano; eso llama la atención y sospecha también, se tiene que esperar once años para que este testigo comparezca, ¿por qué razón?, porque mi defendido es privado de la libertad; tengan presente, el hecho ocurre 24 de enero del 2010, mi defendido es privado de la libertad para el mes de marzo del año 2010; es decir a dos meses de haber ocurrido el hecho; para mi defendido no fue fácil ubicar a este ciudadano, este ciudadano nos dice después de este hecho, yo me trasladé inclusive a Guayaquil, pero la policía tenía mi número telefónico y el número telefónico de mi madre, es decir, era posible ubicarle, pero no le hacen comparecer, ¿por qué no le hacen comparece?, eso sí deberíamos sospechar; se ha dicho que no es creíble el testimonio de mi defendido por una sola razón, porque no nos ha dicho aquí quién le pidió que venga a decir la verdad, entonces es necesario que el testigo venga y diga quién le pidió que diga la verdad para que ese testimonio sea creíble, o la valoración de su testimonio se hace en su integridad con la información que proporciona en el Tribunal, con la claridad de la información. Se nos ha dicho que no es una prueba directa y que no es una prueba eficaz; dentro del proceso se encuentra*

acreditado que este ciudadano que compareció hoy, el ciudadano Arévalo Méndez Víctor Moisés, es el testigo sobreviviente; *no viene a declarar cualquier persona, no estamos frente a la prueba indiciaria, tengo el placer de haber leído su libro Dr. Rojas, sobre los indicios, aquí no estamos frente a un indicio, aquí estamos frente a una prueba directa, ya no estamos frente a lo que nos dice la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la Sala Especializada de lo Penal en el página 190 del expediente, que dice que sería una frustración para la justicia que por no tener prueba directa se tenga que absolver a una persona; aquí sí estamos frente a una prueba directa, el testigo sobreviviente, no cualquier otra persona, Víctor Moisés Arévalo Méndez, es el testigo sobreviviente y lo hemos escuchado con claridad decir lo que ocurrió el 24 de enero del 2010, seguramente porque días como esos no se olvidan fácilmente. Solicito se acepte el recurso de revisión; han pasado once años, les hago notar algo, como abogado defensor pude haber pedido un beneficio penitenciario como la prelibertad, pero este ciudadano quiere salir de la cárcel libre porque no hizo nada, han pasado diez años para que comparezca el testigo, quien tuvo que traer el testigo justamente es la persona procesada, no Fiscalía, no la policía judicial que era el obligado a traer al testigo estrella, sobreviviente, porque eso sí genera sospecha*".

5. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN.

5.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, entre otros, 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, garantizar los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica, 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, 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 debidamente motivadas.

5.2. En el contexto de lo señalado, el Estado garantiza a toda persona el acceso a los órganos de la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, señalando en el artículo 75 de la Constitución de la República:

"*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*".

5.3. Dentro de nuestra Constitución, también encontramos materializada la institución del debido proceso, la misma que es de obligatorio cumplimiento para los administradores de justicia, sobre la cual el tratadista Jorge Zavala Baquerizo ha emitido el siguiente concepto:

"*(…) entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho*" [5].

El debido proceso dentro de nuestro marco constitucional de derechos y justicia, juega un papel preponderante al momento de juzgar a una persona, ya que el operador de justicia está en la obligación de respetar los principios, derechos y garantías básicas que lo configuran; así también, es deber primordial del Estado, dictar una sentencia justa, en base al ejercicio de los derechos por parte de los sujetos procesales, ante un tribunal independiente, imparcial y competente.

5.4. La Constitución de la República del Ecuador, en su ámbito material, garantiza el derecho al debido proceso, y en general lo configura en su artículo

[5] Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal,* Edino, Quito – Ecuador, 2002, p. 25.

76, integrándolo en un global de veinte garantías, que incluye, entre otras, las siguientes:

"***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:*
1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (…)
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)
m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…)".

5.5. Las normas referidas anteriormente, a su vez guardan relación con la garantía constitucional de la seguridad jurídica, establecida en el artículo 82 de la Constitución de Montecristi, que prevé:

"***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*".

5.6. Por otra parte, sobre el deber de los juzgadores, el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 9, 23, 28, 29 y 129, entre otros, desarrolla el papel que cumple el juez dentro de un proceso judicial, determinando que es la autoridad que en estricto apego a su imparcialidad, tiene la obligación de hacer respetar y cumplir los principios y derechos consagrados en la Constitución de la República, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, y la ley, a fin de tener como resultado la búsqueda de la justicia en base al cumplimiento de sus facultades y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico vigente.

En línea con los principios anotados, como colofón hemos de conceptualizar al debido proceso, como un derecho que emerge de la Constitución, desarrollado a través de principios integrados por garantías básicas, concretadas en reglas, instituido como un conjunto de formalidades procedimentales que han de ser respetadas por toda autoridad pública con el solo Norte de resguardar los derechos fundamentales de las personas en todo procedimiento en el que se determinen derechos y obligaciones.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO AL RECURSO DE REVISIÓN:

6.1. Conforme se señaló en el punto precedente, la Constitución de la República del Ecuador establece en los artículos 76.3 y 82, los principios de legalidad e irretroactividad de la ley, que son expresión de los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, dentro de lo cual la primera disposición referida, en su parte final, como norma suprema relativa al debido proceso, prevé el principio de legalidad adjetiva al señalar:

"*(…)* Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

En este contexto, encontramos que dentro de los derechos que materializa nuestra Constitución, se encuentra el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso, y a la defensa; así, el artículo 76 numeral 7 literal m) del cuerpo constitucional establece:

"***Art. 76.-*** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…)*
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)
m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (…)".

Por su parte las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, son de obligatorio cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, encontrando que el derecho de impugnación tiene su referente en varios instrumentos internacionales de derechos humanos; entre ellos se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que reconoce el derecho de recurrir un fallo ante un Tribunal Superior, al señalar:

"***Artículo 8. Garantías Judiciales*** *(…)*
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (…)".

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera a este derecho a recurrir como una garantía fundamental que posee toda persona inculpada de un delito, determinando en ese sentido:

"***Artículo 14*** *(…)*

5. 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 (…)".

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha señalado:

"*(...) La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (...)*"[6].

Dentro de la normativa aplicable al presente caso, en materia penal, encontramos que solo las partes procesales tienen derecho a un debido proceso, y en consecuencia, derecho de impugnación; así, el Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la norma constitucional que prevé el derecho a recurrir, en su artículo 324 establece que "*Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes*".

6.2. Respecto al derecho de impugnación en materia penal, la regla procesal antes indicada, establece el principio de legalidad en materia de recursos, señalando en su primer inciso que:

"*Las providencias son impugnables sólo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código*".

En este contexto, el referido cuerpo legal ha determinado en sus artículos 330 a 368, cuáles son los recursos aplicables en los procesos penales, dentro de los cuales se encuentra la garantía normativa de la revisión, constante en el artículo 359 y siguientes ejusdem que prevén principalmente:

"***Art. 359.- Objeto.-*** *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.*

Art. 360.- Causas.- *Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, 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 un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está 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 lo 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.

Excepto el último caso la revisión sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.".

6.3. El recurso de revisión es un recurso extraordinario, de control del error judicial del fallo de condena que se encuentra ejecutoriado[7]. El objetivo del recurso es dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, con el ánimo de que no se sacrifique la justicia

[6] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, caso N° 2230-11-EP.

por un error judicial o una causa superviniente que modificó la situación jurídica del ciudadano que fue sancionado por incurrir en una conducta penalmente reprochable; para lo cual, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 360, con excepción de la causal 6, exige que el recurrente aporte pruebas nuevas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

Es decir, la revisión es un recurso especial y extraordinario que permite reexaminar la sentencia condenatoria que el recurrente alega ha sido producto de un error judicial. Para que el mismo prospere, es necesario que el error fáctico que se alega, se subsuma en alguna de las causales del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, esto en atención al principio de taxatividad que rige a este medio impugnatorio, lo cual limita el ámbito de acción del recurso, exclusivamente a las seis causales desarrolladas en la norma.

Conforme se indicó, la disposición legal in comento, contiene como regla adicional, y para el caso de las cinco primeras causales como requisito *sine qua non,* que se presente nueva prueba, precisando que de conformidad con el artículo 362 ibídem, el único momento en que se debe anunciar o pedir la prueba que será presentada en la audiencia de revisión, es en la interposición del recurso, pues prevé la norma: "*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*". En el caso sub iudice, el recurso de revisión se ha interpuesto con fundamento en la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, ofreciendo la prueba respectiva.

En el ámbito jurisprudencial encontramos que la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de revisión, ha establecido que:

> "*El recurso de revisión busca atacar a la institución de la cosa juzgada en pro de la vigencia del Estado Constitucional de derechos y justicia. Las causales están taxativamente enumeradas, y sus requisitos son ineludibles, una vez admitido a trámite permite enmendar el error cometido al dictarse la sentencia, en un nuevo juicio sobre el juicio que ya concluyó*"[8].
>
> "*(…) por el recurso de revisión se busca la invalidación de una sentencia que se encuentra ejecutoriada, en post de reivindicar la verdadera realidad histórica de los hechos y cuando la verdad procesal resulta ser discordante; de allí que, la divergencia que plantea el recurso de revisión, entre la verdad formal y la real, genera una alteración en el orden y en la seguridad jurídica ya establecida, por eso es que se trata de un recurso extraordinario, excepcional*"[9].

Por su parte la Corte Constitucional al analizar el recurso de revisión, ha desarrollado el siguiente argumento:

> "*(...) el Recurso de Revisión en materia penal, está previsto para reparar el caso de una persona condenada por un error en sentencia; el Recurso de Revisión constituye un nuevo juicio, con nuevas pruebas en contra del Estado, (…) 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 otro, el Fiscal General como representante del Ministerio Público (...)*"[10].

Además este órgano de justicia constitucional, al analizar el recurso de revisión, en materia penal, en torno a la fundamentación de la impugnación y presentación de prueba nueva, ha desarrollado el siguiente argumento:

---

[7] Código Orgánico de la Función Judicial: "Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad.- De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia".

[8] Ecuador, Corte Nacional de Justicia. Sentencia dentro del caso N° 887-2012, resolución N° 1191-2012, recurso de revisión interpuesto por Miguel Ángel Naranjo Bazurto, por el delito de asesinato.

[9] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dentro del caso N° 1063-2014, resolución N° 0048-2015, recurso de revisión interpuesto por Alfredo Gerardo Villafuerte Siguencia, por delito de tránsito.

[10] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 014-09-SEP-CC, caso N° 0006-08-EP, Registro Oficial N° 648 de 4 de agosto de 2009.

"*(…) este Organismo en varias decisiones ha sido enfático en señalar que el recurso de revisión penal posee una naturaleza extraordinaria, por cuanto, aunque el proceso penal público haya concluido con la emisión de una sentencia condenatoria, su interposición hace posible que se pueda presentar nuevos elementos probatorios.*

(…) De los fragmentos jurisprudenciales precitados y en armonía con lo expuesto se colige que el recurso de revisión es extraordinario y especial, puesto que no constituye una instancia más y, únicamente puede ser interpuesto cuando los jueces ad quem han fundado una sentencia penal condenatoria y ejecutoriada, en un error judicial, afectando con ello los derechos a la libertad e inocencia del sentenciado. Al respecto, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de interponer el recurso de revisión, ***a fin de que las partes procesales puedan incorporar nuevas pruebas para confirmar o revocar la sentencia recurrida, es decir, las nuevas pruebas ayudarán a generar nuevos elementos de juicio que permitirán inteligenciar a los juzgadores respecto a la culpabilidad o inocencia del recurrente****.*

Para la procedencia del recurso en mención, el legislador ha previsto ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra que la solicitud de revisión esté debidamente fundamentada, a más de determinar la práctica de nueva prueba, y que el recurrente invoque una a una las causales taxativamente determinadas para el efecto. En definitiva, el recurso de revisión procede cuando existe una sentencia en firme, que ante nuevas circunstancias -recién conocidas o suscitadas con posterioridad al juzgamiento- los jueces nacionales están en el deber de conocer y determinar si aquellas constituyen prueba del error judicial en la emisión del fallo recurrido, lo cual trae como consecuencia jurídica, dejar sin efecto una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, creando de esta manera nuevos efectos y consecuencias jurídicas, conforme a la normativa establecida por el legislador"[11] (Las negrillas nos pertenecen).

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de revisión, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Giovanni Leone señala 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, sino por efecto de la sobreveniencia de nuevas pruebas*"[12].

Jorge Zavala Baquerizo, sobre la revisión precisa que:

"*(…) la revisión es un recurso que tiene por finalidad rectificar una sentencia penal condenatoria que ha sido consecuencia de un error judicial*"[13]; asevera, también que "*La esencia del recurso radica en que es el medio como se hace posible el derecho de impugnación, el cual no podría ejercerse si es que la ley no provee al titular de dicho derecho el medio como demandar la tutela jurídica al respectivo órgano jurisdiccional* [14]; en suma define al recurso de revisión como "*(…) 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 previstas expresamente por la ley; con la finalidad de obtener la revocatoria de dicha sentencia para ser remplazada por una sentencia simplemente absolutoria, o por una sentencia rehabilitadora post mortem*[15].

A su vez Claus Roxin expresa:

"*La Revisión del procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa*

[11] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia Nº 055-16-SEP-CC, en el caso N° 0435-12-EP, de 24 de febrero de 2016.
[12] Orlando Rodríguez Chocontá, *"Casación y Revisión Penal"*, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2008, p. 395.
[13] Jorge Zavala Baquerizo, *"Tratado del Derecho Procesal Penal"*, Tomo X, Edino, 2004, Guayaquil-Ecuador, p. 224.
[14] Jorge Zavala Baquerizo, op. cit., p. 230.
[15] Ídem.

juzgada. En la exposición sobre la cosa juzgada material (…) se ha mostrado que 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. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia"[16].

Fabio Calderón Botero, respecto de la interposición del recurso de revisión puntualiza con acierto: "*El memorial con que se propone el recurso, no es un simple alegato de instancia. Su forma y contenido se encuentran señalados por la ley, de manera que su elaboración se ajuste a la técnica de una demanda. (…) 'la petición por la cual se solicita la revisión de un proceso, técnicamente es una demanda', porque es una acción que se promueve contra la autoridad de la cosa juzgada*"[17].

Por su parte el tratadista Orlando Rodríguez, señala que la revisión:

"*Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de la sentencia, que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, en procura de reivindicar la justicia material, porque la verdad procesal es disonante con la verdad histórica del acontecer del objeto del juzgamiento; (…)*"[18].

La revisión al tratarse de un recurso extraordinario se encamina a declarar sin fundamento una condena injusta, por ello se trata de un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de las personas sometidas al poder punitivo del estado, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, frente a las sentencias condenatorias (ejecutoriadas, ejecutadas) injustas, garantizado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el artículo 8 numeral 2 literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que guarda concordancia con el artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A través de este recurso extraordinario corresponde el examen de la sentencia condenatoria que causa ejecutoria, esto para determinar la existencia de *error facti*; ergo, su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores de hecho existentes en la sentencia condenatoria ejecutoriada, ya sea del *a quo*, *ad quem* o de casación, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Revisión; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de revisión en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

7. ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.

7.1. Para entrar en el análisis de la fundamentación del recurso de revisión, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a que la revisión es:

"*(…) una figura excepcional que debe cumplir con los principios de taxatividad, limitación, trascendencia y autonomía, a lo que ha de sumarse que la característica principal radica en el error facti. Por el principio de* ***taxatividad****, los motivos para acceder a la revisión están determinados por la ley, no se puede cuestionar aspectos del proceso, como la competencia, errónea tipificación o grado de participación, forma de culpabilidad, falta de motivación, ya que esto implicaría forzar su aplicación. Mediante el principio de* ***limitación****, el actuar del juzgador está circunscrito a resolver con base en lo propuesto por el accionante, sin que el Tribunal pueda corregir oficiosamente, cuando la causal planteada es incorrecta por la limitación que supone el principio dispositivo previsto en el artículo 168.6 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de*

[16] Claus Roxin, *"Derecho Procesal Penal"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 492.
[17] Fabio Calderón Botero, *"Casación y Revisión en materia penal"*, Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá-Colombia, 1965, p. 309.
[18] Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., p. 393.

la Función Judicial. A través del principio de ***trascendencia****, los fundamentos planteados deben ser sólidos, coherentes y fundamentados, a fin de poder desestabilizar la resolución de cosa juzgada y emitir un fallo en que se rectifique la realidad de los hechos. Finalmente por el principio de* ***autonomía****, las causales alegadas deben ser justificadas individualmente con cada hecho y con las pruebas que lo sustentan, para el desarrollo lógico de cada afirmación y establecerlas con su debido respaldo jurídico ya que al revisar una sentencia en firme, se ejerce una actividad jurisdiccional excepcional, ya que a través de este medio de impugnación se ataca el principio de cosa juzgada, (res iudicata pro veritate habetur) que es el elemento base en el que se sustenta la seguridad jurídica*"[19].

En el contexto de lo estudiado, corresponde analizar la fundamentación del recurso de revisión efectuada por el revisionista Terry Israel Camacho Pacheco, en la audiencia oral, pública y contradictoria efectuada en la causa, no sin antes recordar que conforme se ha señalado ut supra, el recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario, pues trata respecto a los errores de hecho que se pudieren haber presentado en la sentencia condenatoria ejecutoriada, suprimiendo de su estudio, errores de derecho, sean estos sustantivos, constitucionales o procedimentales, los cuales son objeto de control de los diferentes jueces que intervienen en la parte ordinaria del proceso, y que por tanto no son de competencia de este Tribunal de Revisión, y este medio impugnatorio tiene por objeto poner en conocimiento del Tribunal, hechos que fueron desconocidos para los anteriores juzgadores, que producen un cambio sobre la verdad procesal, por lo que para ello, con excepción de la causal 6, se requiere la presentación de nueva prueba, acorde a lo dispuesto en el inciso final del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

7.2. Así, el revisionista señala en su fundamentación, a través del defensor técnico, que se ha interpuesto el recurso en contra de la sentencia de condena, ejecutoriada, dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, recordando que el a-quo había emitido una sentencia absolutoria a su favor, la cual es revocada aceptando el recurso de apelación de Fiscalía, y declarando al encausado autor del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 numeral 1 del Código Penal, imponiéndole la pena de 16 años de reclusión.

Manifiesta el defensor técnico del impugnante, en lo principal, que "*el hecho por el cual fue condenado mi defendido, ocurrió el 24 de enero del 2010, aproximadamente a las 00h00 a 00h30 de dicho día en el cantón Durán, provincia del Guayas, concretamente entre las calles Jaime Nebot y Nicolás Lapentti, cerca de una bomba de gasolina denominada Primax. ¿Qué ocurrió aquel día?, fundamentalmente los ciudadanos Víctor Moisés Arévalo Méndez y Manuel Ángel Molina Sellán, se encontraban aquel día y hora circulando en una motocicleta cuando fueron intempestivamente interceptados por un vehículo aveo color blanco del cual una persona realizó varios disparos contra la humanidad de estos dos ciudadanos, ocasionándose como consecuencia de aquellos disparos, la muerte de Manuel Ángel Molina Sellán y heridas graves o lesiones al ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez; en aquel lamentable evento intervinieron los agentes de policía Manuel Ponguillo Morán y Marcel Daniel Solís Plaza, quienes manifiestan haberse entrevistado con la persona sobreviviente y que esta persona habría indicado a estos agentes de policía que el causante de los disparos sería un ciudadano al que le apodan el trompudo y que se identificaba con el nombre de Terry Israel Camacho Pacheco. (…)*". Señala que en la sentencia materia del recurso, el tribunal de instancia, en el considerando Quinto, ha señalado que no existe prueba directa de la participación del sentenciado, pero sí prueba indirecta o indiciaria, consistente en la declaración de los agentes de policía que habrían entrevistado al testigo sobreviviente, quien no compareció a juicio a declarar; por ello, hoy se trae al indicado testigo para que rinda su declaración en el proceso; y, que el recurso lo propone en virtud de la causal prevista en el artículo 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, esto es cuando se demuestre que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó.

[19] Sentencia dictada dentro del caso 583-2014, que por el delito de homicidio calificado se siguió en contra de Henry Alberto Rodríguez Gómez y Carlos Augusto Beltrán Chingua.

Adicionalmente, presenta una prueba documental consistente en un certificado del Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley N° 1 del cantón Guayaquil, mediante el cual se certifica que el ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez se encuentra privado de la libertad, desde el 09 de marzo de 2020.

7.3. Revisada la sentencia impugnada, esto es la dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de lunes 31 de marzo de 2014, las 17h00, encontramos que en el considerando Quinto, se realiza por parte del juzgador de instancia, el análisis propio del tribunal, y en primer lugar realiza su estudio en base a las pruebas actuadas, respecto a la materialidad de la infracción, y más adelante, hacen referencia al lugar de los hechos, en donde hacen referencia al Informe Policial de Investigaciones, que toman como base para el análisis de la responsabilidad del procesado Terry Israel Camacho Pacheco, y la condena impuesta; señala el tribunal de apelación:

"*(…) Consta además el Informe Policial de Investigaciones, efectuado por el Cbop. Manuel Ponguillo Morán y Cbos. Juan Caros Gaibor, que también fue incorporado al proceso durante el juicio y con el testimonio de Manuel Ponguillo Morán, que dan cuenta que como trabajos realizados se han entrevistado con el Ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, quien indicó que el día 23 de enero del 2010 a eso de las 22h30 había llegado hasta su domicilio el ahora occiso Manuel Ángel Molina Sellán, a bordo de una motocicleta de color blanco con rojo, sin placas, saliendo a pasear al centro del cantón, es así que a eso de las 00h15, se han trasladado hasta la Gasolinera Primax, ubicada en la Av. Nicolás Lepentti y Jaime Nebot, con la finalidad de abastecerse de combustible, en tales circunstancias al llegar a la citada estación de servicio, se habían acercado cinco sujetos a bordo de un vehículo tipo automóvil color blanco, entre ellos Terry Israel Camacho Pacheco, alias el Trompudo, el mismo que con un arma de fuego (pistola) les había realizado los disparos en contra de su humanidad dejándolo tirado en el piso. - c) Esta Sala advierte que, si bien es verdad que las pruebas se practican dentro de la etapa de juicio y ante el Tribunal Penal, también es cierto que los elementos que se han presentado en la audiencia, pueden llegar a convertirse en medios de pruebas y son necesarios para que una persona sea condenada. También la Sala advierte que todos los delitos dejan huellas y que también existe la prueba indirecta, que se conoce como prueba indiciaria, y son estos los elementos que pueden abrir el camino para que el juzgador pueda llegar a la verdad histórica de los hechos puestos a la decisión. En el presente caso se encuentra el testimonio del Subteniente de Policía, Marcel Solís, quien el día de los hechos lo relata como ocurrido el 24 de enero del 2010, aproximadamente las 00h30, cuando recibe la disposición de la central de radio para que se traslade hasta las calles Nicolás Lapentti a la altura de la gasolinera Primax, en el Cantón Durán, porque se informaba de dos sujetos que se movilizaban en una moto habían sido objeto de disparos por un vehículo Chevrolet aveo color blanco. Refiere en su testimonio que: '…Al llegar al punto se encontraba la unidad del centro alfa, otra unidad del sector y ya se encontraba una persona muerta y una persona herida, a quien trasladé hasta el Hospital del Seguro del Cantón Durán, nombres de la persona es Víctor Arévalo de 20 años, que fue atendido por el galeno de turno, Terán Andrés. En el traslado del mencionado sujeto indicó que el autor de dicho disparo se identificaba con el alias el trompudo…'. Testimonio que si bien es referencial respecto al delito acusado (asesinato), es directo respecto a la existencia de un ciudadano herido señalándolo como Víctor Moisés Arévalo Méndez que decía que el autor del disparo era un alias trompudo, precisando que: '…Estaban los dos individuos que habían sufrido el atentado; el uno se encontraba sin signos vitales muerto y el que estaba vivo se lo embarcó inmediatamente a la camioneta y se lo trasladó hasta el Hospital del Seguro…'. Por lo que dadas las circunstancias en que el testigo policial tomó procedimiento con el ciudadano herido para precautelar en primer lugar su estado de salud al haber recibido impacto de arma de fuego, sí resulta creíble su testimonio, así como de la presencia de un herido que acompañaba al occiso antes de su*

muerte. Esta declaración en juicio, se encuentra soportada por el Testimonio de Manuel Ponguillo Morán, policía nacional, quien a más de constatar la presencia de un cadáver que también lo identificó como Manuel Angel Molina Sellán, encuentra además a una persona herida, a quien la identificó como Víctor Moisés Arévalo Méndez, trasladándolo hasta el Hospital Guayaquil, con la colaboración del Cabo de Policía Juan Gaibor Baños y del Cabo de Policía, Daniel Jara Mendoza. Durante su testimonio, refiere que por encontrarse ya en el Hospital, observa el aspecto de salud del ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez describiéndolo en palabras textuales como: '…tenía dos heridas similares a las producidas por un arma de fuego, una a la altura del muslo del lado izquierdo posterior y otra a la altura del tórax del lado izquierdo…'. Testimonio que la Sala lo considera como trascendental al describir las huellas (sangre, perforación de piel, ubicación del herido, etc.) y señales del delito recién cometido (muerte de Manuel Ángel Molina Sellán, presencia de balas deformadas, de vainas percutidas, motocicleta en que se transportaba, etc.). Incluso el testigo da pormenores de su entrevista directa con el herido Víctor Moisés Arevalo Méndez, cuando expresó: '…supo indicar que salían del domicilio del señor Manuel Ángel Molina Sellan, a bordo de una motocicleta color blanca, sin placas iban a pasear al Cantón Durán y a las 00h15 se habían trasladado a la gasolinera Primax, ubicada en la Avenida Nicolás Lapentti y Jaime Nebot, con la finalidad de cargar combustible, de repente se le acercaron 5 sujetos, uno que lo conoce como Israel Camacho Pacheco, alias el trompudo, a bordo de un vehículo tipo auto color blanco, que con pistola en mano había disparado en contra de su humanidad dejándolo en la calzada…', testimonios que si bien son referenciales, tienen sustento en las entrevistas que se recogieron en la instrucción fiscal y dan cuenta de que han llegado a conocer de estos hechos, y de manera especial existen entrevistas tales como la efectuadas al ciudadano Mauricio Genaro Rojas (despachador de la estación de servicio Primax) quien ha manifestado que el día domingo 24 de enero del 2010 a eso de las 00h15, en circunstancias que llegaba a la puerta de baño, había escuchado varias detonaciones de arma de fuego, razón por la cual se había puesto a buen recaudo e indicarle a su compañero Oscar Felipe Jurado Chalén, que se encontraba cerca de los surtidores que avance hasta donde él se encontraba observando que entre los surtidores 06 y 07 pasaba un sujeto a bordo de una motocicleta y más atrás un vehículo color blanco, avanzando el sujeto en la moto hasta la entrada de la Av. Nicolás Lapentti, en donde se cayó al piso, dos sujetos se habían bajado del automotor para acto seguido realizarle varios disparos con arma de fuego en la humanidad del ciudadano que viajaba en la motocicleta, e inmediatamente embarcarse al vehículo y darse a la fuga con dirección a Centro de Durán pasando por la gasolinera Mobil, posteriormente al salir unos metros ha observado que un ciudadano se encontraba sentado en la entrada de la Av. Jaime Nebot, llegando en esos instantes un patrullero de la policía nacional. Esta entrevista plasmada en el Informe de Investigación coincide con las fotografías fijadas en el lugar de los hechos y que obra de fojas 49 del proceso del Tribunal, en cuya lamina 1 se aprecia las instalaciones de conjunto de la Gasolinera Primax de Durán y en la lámina 2 de fijación de imágenes, la presencia de un individuo con camiseta blanca con rayas rojas y oscura, una gorra blanca, un jean y motocicleta, que son los mismos indicios recogidos en el parte de levantamiento de Cadáver, los descritos en el informe de autopsia, los mismos que recolectaron como evidencias y los mismos que fueron objeto del ingreso a la Policía Judicial como evidencia en cadena de custodia. (…) Asimismo en este Informe de Investigaciones (se reitera incorporado como prueba durante el testimonio de Manuel Ponguillo), se encuentra la constancia de un entrevista con la señorita Dennisse Ivón Ortiz Ramírez, asistente de administración de la estación de servicios Primax, que informa que durante el transcurso de la semana, los despachadores le han comentado que habían llegado personas desconocidas a preguntar por los despachadores que se han encontrado en día sábado 23 a

amanecer domingo 24 de enero del 2010. También consta incluso, una entrevista mantenida con el ciudadano Jesús Enrique Molina Sellán, quien indicó que la muerte de su hermano Manuel Ángel Molina Sellán, obedecería a una retaliación debido a que en el mes de diciembre del 2008, se encontraba involucrado en la muerte del ciudadano Luis Enrique Vargas Medina quien era amigo y vecino de Terry Israel Camacho Pacheco. Incluso consta una entrevista de una de las víctimas. Testimonios que, practicados en la audiencia de Juicio, tienen como se ha dicho, un real sustento fáctico en las diligencias que se tomaron en la Investigación Fiscal, pues sería una frustración para la justicia que por no tener una prueba directa se tenga que absolver. Por eso la ley indica que las presunciones obtenidas deben ser producto de indicios varios, unívocos, directos, que vayan en una sola dirección y es precisamente por lo que esta la Sala considera que verdaderamente ocurrieron los hechos tal como se expusieron en la prueba, por lo que resulta insostenible la afirmación del recurrente respecto que la no presencia de esta víctima durante la investigación o durante el juicio, genere una duda razonable de si realmente existió el herido, más bien al contrario se demuestra con todos estos indicios y elementos recogidos en la Instrucción Fiscal, que sí existió un testigo presencial, que también fue víctima del autor de los disparos que privaron de la vida al ciudadano Manuel Ángel Molina Sellán y estuvo junto al occiso en el preciso instante de los impactos por arma de fuego. (…) Como se aprecia, existen numerosos indicios que se han aportado al proceso y durante el juicio a través de la prueba admitida por el tribunal, como datos fácticos acreditados a través de medios de pruebas testimoniales y documentales, estos como se ha reiterado son entre otros el número de heridas ocasionadas a la víctima, que revela que si existió la premeditada intensión de privar la vida al occiso. La motocicleta, en la que se transportaba el occiso en compañía del ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, las heridas que recibió Víctor Moisés Arévalo Méndez, que fueron observadas por los agentes policiales durante su procedimiento inicial y durante el trayecto hacia el hospital, las afirmaciones que diera la victima sobre el autor de sus heridas y de la muerte de Manuel Ángel Molina Sellan señalando como TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO alias el trompudo. La entrevista recogida por el investigador Manuel Ponguillo Morán al hermano del occiso, quien refirió que los motivos del asesinato fue por retaliaciones al haber estado involucrado el occiso días atrás en la muerte de un amigo y vecino del acusado TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO. La aceptación de los testigos del acusado Vicente Cristóbal Vera Cagua, Luis Santiago Lara Cruz, Bernardita de Lourdes Mora Coronel, Marcos Michael Suriaga y María Fernanda Engracia, que no estuvo en su domicilio el día de los hechos y que no han declarado si verdaderamente estuvo con los entre las 00h15 y 00h30 en que se produjo el asesinato. La persecución, cruce de balas con los miembros de la policía judicial antes de su detención cuando se transportaba en un automotor en la ciudad de Durán, el allanamiento del lugar donde se ocultó para ser finalmente aprehendido. Estos indicios han sido acreditados a través de la prueba directa de testimonios de los policías que declararon en juicio y del testigo presencial Víctor Moisés Arévalo Méndez quien narró de primera mano los hechos ocurridos. La relevancia de estos indicios y de la víctima que también acompañaba al occiso, es trascendente y determinante en este proceso, dejando establecido claramente que si existen pruebas (hechos demostrados) de que se ha cometido la infracción penal, objeto de este proceso; y, la responsabilidad penal y no como erróneamente interpretó el Tribunal a quo en el fallo de mayoría" (Sic).

Como se puede observar, para declarar demostrada la responsabilidad en contra del revisionista Terry Israel Camacho Pacheco, de ser el autor del delito de asesinato en contra del ciudadano Manuel Ángel Molina Sellán, el tribunal ad-quem, en calidad de prueba indiciaria, toma en consideración fundamentalmente el testimonio del Policía Manuel Ponguillo Morán, el cual es corroborado por el del Policía Juan Carlos Gaibor Baños, en que hace referencia al contenido del Informe Policial de Investigaciones, según el cual se habría entrevistado a

la víctima que se encontraba con heridas, de nombres Víctor Moisés Arévalo Méndez, que a decir de los investigadores habría identificado a su agresor, como Terry Israel Camacho Pacheco alias el trompudo; y, ante la ausencia de la víctima referida para rendir su testimonio en la audiencia respectiva, el tribunal de apelación consideró fundamental dicha prueba indiciaria.

7.4. A la audiencia de revisión ha comparecido a rendir su testimonio en la presente causa, el ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez, quien resultó herido en el acto delictivo que fue juzgado, y no compareció a dar su declaración en la audiencia de juicio; el testigo, al ser preguntado respecto a los hechos del día 24 de enero de 2010, entre 00h00 a 00h30, en lo principal señala que fue a pasear a Durán con el occiso Manuel Molina Sellán, en una moto, y al dirigirse a la gasolinera Primax, un vehículo aveo blanco les seguía y del vehículo una persona sacó un arma y les disparó, lanzándose de la moto quedando tendido en media calle; que el vehículo giraba en u y le seguían disparando; que quien le disparó era un hombre de tez negra, raza negra, alto, corpulento, de pelo negro casquillo; que iban siguiendo a quien conducía la moto, quien ingresó a la gasolinera y luego ya no pudo ver qué sucedió con su amigo; que luego el aveo salió de la gasolinera y le volvieron a disparar y luego se fueron. Luego de media hora, llegaron tres policías en un patrullero, quienes le llevaron al Hospital del Seguro y luego al Hospital Guayaquil, en donde estuvo su madre.

Después se presentaron dos policías judiciales, a los que identificó como tales por la vestimenta, su forma de hablar y su radio en la cintura, quienes le preguntaron por lo sucedido, informándoles de lo sucedido, en especial, que la persona que vio que le disparó era de piel morena; que esas fueron las palabra que les dijo a los policías judiciales; además, la madre les proporcionó el número de celular de ella y de él; que no dio ninguna versión, ni firmó ningún documento; que estuvo hospitalizado entre trece a quince días; posteriormente, estuvo seis meses en recuperación de su pierna porque tuvo cinco impactos de bala; que cuando se recuperó pidió a su madre y familia, que le saque de Durán, con lo que se fue a vivir a otro lugar; que nunca recibió ninguna notificación para rendir versión en la causa.

Que nunca se imaginó encontrarse con Israel Camacho Pacheco, a quien lo conoce por un hermano de él, con quien jugaba en la academia de fútbol Cemento Rocafuerte de Guayaquil; que se quedó viviendo en Guayaquil y se encuentra en el Centro de Privación de la Libertad y es como un balde de agua fría; que dialogaron del tema y su única verdad es que Camacho Pacheco jamás le ha disparado, repitiendo que quien lo hizo es una persona de color, piel negra, alto, pelo casquillo negro, a quien pudiera reconocer si lo ve, pero no le conoce por su nombre. Además señala que no conoce al ciudadano alias el trompudo, ni ha dicho a los policías que le ayudaron que quien le disparó fue el ciudadano alias el trompudo, insistiendo que el señor sentenciado Terry Israel Camacho Pacheco, no fue quien le disparó, y ante el requerimiento de si ha salido del país señala que jamás ha salido.

7.5. La causal cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, considera la posibilidad de revisar la sentencia, cuando en virtud de la nueva prueba conforme el último inciso de la misma norma, se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; éste es el cargo seleccionado por el revisionista en su recurso, correspondiendo al Tribunal de Revisión, determinar si en efecto, con la prueba practicada ante el mismo, ha llegado a demostrar su irresponsabilidad en el delito juzgado, y por lo tanto, romper la calidad de cosa juzgada con que cuenta la sentencia condenatoria impugnada.

Respecto a esta causal, Orlando Rodríguez señala:

> "*Ante la existencia de determinados hechos no conocidos ni menos reconocidos en desarrollo del proceso, o sobrevivientes a él pero inescindiblemente vinculados con el tema probandum, que implica una afrenta a la justicia material a que tiene derecho el sujeto pasivo de la acción penal o para la verdad histórica, la inmutabilidad del fallo debe ceder ante el más alto interés del valor constitucional de la justicia material, para remover los efectos nocivos declarados en la sentencia demandada; por tanto, se debe rescindir la sentencia pasada por cosa juzgada, como las resoluciones judiciales con igual efecto, la preclusión de la investigación (…)*
>
> *El aspecto medular de esta causal radica en la novedad del hecho o de la prueba, al surgir después de terminado el proceso. Tiene por*

objeto corregir una injusticia en que hayan incurrido los órganos judiciales de instancia, (…), y pretende dejar sin efecto el fallo objeto de la acción de revisión y en su lugar proferir la sentencia que corresponda (…).

El hecho nuevo es trascendente cuando tiene validez jurídica para autorizar la revisión cuando con él puede establecerse la inocencia o la irresponsabilidad del condenado; no afecta en absoluto la existencia del tipo penal que describe e incrimina apenas; que quien lo cometió no merece el definitivo juicio de reproche que se concreta en la sentencia de condena porque tal hecho demuestra que su comportamiento no encuadra plenamente en dicho tipo o que no es antijurídico, o que el sujeto es inculpable (…), no se trata de algo ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se imputó al procesado y por el que se le condenó, sino de un acontecer inescindiblemente ligado al hecho por el que se le sentenció, del que no tuvo conocimiento el juzgador"[20].

Por su parte el autor Walter Guerrero Vivanco, sobre esta causal dice:

"*En la presente causal se considera que el delito sí se ha cometido, pero, por error, se ha condenado a una persona que no era la responsable del delito, en vez del culpable. La causal se presta para muchas interpretaciones y posibilidades. En todo caso, si la Corte Suprema de Justicia, en base de los nuevos datos probatorios, declara procedente el recurso de revisión y absuelve al condenado, debe ordenar que se inicie el nuevo proceso en contra del verdadero culpable, a menos que ya hubiese prescrito la acción o se hubiese dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria a su favor, pues en tal caso, de acuerdo con el precepto correspondiente, nadie puede ser procesado dos veces por la misma acción delictiva. Si el órgano jurisdiccional fracasó en su primer intento de hacer imponer la pena, ya no tiene una segunda opción, debe resignarse a que el infractor quede en la impunidad*"[21].

7.6. Con este contexto, observamos en primer lugar, que el tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas que dicta la sentencia de condena, ha sido enfático en señalar, que su decisión ha sido adoptada en virtud de prueba indiciaria, que en lo principal, da como resultado, respecto a que quien habría realizado los disparos que provocaron heridas al ciudadano Víctor Moisés Arévalo Méndez y la muerte del señor Manuel Ángel Molina Sellán, sería el sentenciado Terry Israel Camacho Pacheco, ya que esta información resulta del testimonio del policía Manuel Ponguillo Morán, quien realizó la investigación del hecho, bajo el supuesto de que quien habría dado esa información es la víctima sobreviviente Víctor Moisés Arévalo Méndez; más, ante este Tribunal ha comparecido este ciudadano a rendir ahora sí su testimonio en forma personal, produciéndose como resultado del contraste de los dos medios probatorios, que la prueba que ha sido utilizada por el tribunal de instancia, difiere de la prueba directa que ha sido presentada ante este Tribunal.

Obviamente, al enfrentar prueba indiciaria a prueba directa, siendo contrarias, prevalece la directa; más aún cuando este Tribunal de Revisión, no ha encontrado ni se le han planteado probadamente motivos para dudar de la veracidad del testimonio del señor Víctor Moisés Arévalo Méndez, ni encuentra razón lógica por la cual la víctima podría desconocer a su victimario bajo las condiciones actuales, en especial la referida por el defensor técnico del recurrente, en el sentido de que su defendido cumple con requisitos para hacer uso de los beneficios de ejecución de penas, sin embargo, su búsqueda se dirige a que se ratifique su estado de inocencia y se llegue a la verdad histórica de los hechos, lo cual se pretende con la nueva prueba que, a pesar de que se pudo agotar medios para que se realice en el procedimiento ordinario de la causa, no se lo hizo.

En definitiva, con la nueva prueba que tiene el carácter de directa, esto es el testimonio del ciudadano Víctor Arévalo Méndez, se ha demostrado el error de hecho en el que ha incurrido la Sala

[20] Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., pp. 461 a 463.
[21] Walter Guerrero Vivanco, Derecho Procesal Penal, Pudeleco Editores S.A., Tomo IV El Proceso Penal, 2004, Quito-Ecuador, p. 333.

Provincial que condenó al señor Terry Israel Camacho Pacheco, en calidad de autor del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 numeral 1 del Código Penal y, con ello, se ha resquebrajado la institución de la cosa juzgada respecto a la sentencia de marras, pues el testigo ha sido enfático en señalar que el sentenciado no fue la persona que disparó en su contra y del señor Manuel Ángel Molina Sellán, quien resultó fallecido en los hechos juzgados, y dicho yerro, en atención al planteamiento efectuado por el revisionista, se encasilla en la causal de revisión constante en el artículo 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, pues en efecto se ha comprobado, con certeza, que el recurrente, no es el responsable del delito de asesinato por el cual la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas le condenó. En cuanto a lo manifestado por la señora delegada de Fiscalía General del Estado, respecto a que se debía haber propuesto el recurso por otra causal de revisión, conforme lo señalado ut supra ha quedado establecido que el Tribunal encuentra que sí existe el error de hecho que ha sido planteado por el impugnante, lo cual no obsta que pueda configurarse también el error de hecho que expresa la referida funcionaria; sin embargo, en virtud del principio dispositivo en concordancia con el principio de limitación que rige el recurso de revisión, este Tribunal no puede actuar oficiosamente, pues no cuenta con esa facultad, limitándose a establecer, como en efecto así lo ha realizado, si existe o no el error de hecho que ha sido planteado.

8. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**;

RESUELVE:

8.1. De conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declarar procedente el recurso de revisión planteado por el sentenciado recurrente **TERRY ISRAEL CAMACHO PACHECO**, por lo tanto revisar la sentencia dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de lunes 31 de marzo de 2014, a las 17h00, y en consecuencia reestablecer el estado de inocencia del referido procesado. Para el efecto, se ha girado inmediatamente la Boleta Constitucional de Excarcelación a favor del ciudadano Terry Israel Camacho Pacheco.

8.2. Se dispone que Fiscalía General del Estado realice la investigación por la incuria ocurrida en la ubicación de este testigo presencial que hubiese podido establecer procesalmente la verdad histórica de los hechos y no esperar este largo transcurso de tiempo o letargo de la administración de justicia.

8.3. Así también se dispone que, Fiscalía General del Estado, de no haber prescrito la acción, realice las investigaciones necesarias para dar con el o los autores y cómplices del delito juzgado.

8.4. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines legales consiguientes.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**.

f) Dr. Luis Adrián Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Abg. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL; Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL.

XI

Juicio Nro. *17721-2012-0338*
Resolución Nro. *1081-2021*
Fecha: *jueves 28 de octubre del 2021, las17h04*

TEMA: Restitución del estado de inocencia por hechos nuevos.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de varias personas, por presumir su participación en el delito de asesinato, en virtud de que habrían causado la muerte de algunas personas bajo algunas de las circunstancias descritas en el Art. 450 del Código Penal.

En el presente caso se cuestionan los medios probatorios que sostienen la declaratoria de responsabilidad de la autora intelectual del delito, puesto que uno de los cómplices fue absuelto de sus cargos en sentencia de casación y, por tanto, al no determinarse su participación se cuestiona el grado de responsabilidad penal de la sentenciada por el delito de asesinato, es decir, la nueva realidad procesal habría roto el vínculo fáctico y jurídico de la teoría del caso que motivó la sentencia de condena.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de juicio de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, competente en virtud del fuero de uno de los procesados, quien a la fecha de los hechos se desempeñaba como asambleísta, declara, por unanimidad, probada la existencia material del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 incisos 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 9 del Código Penal, debido a que considera que la autora intelectual, mediando promesa de pago, contrató a los autores materiales para la perpetración del delito.

En este sentido, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra de los autores materiales de la infracción, imponiéndoles una pena de 20 años de reclusión mayor especial y, con respecto a la situación jurídica de la señora G. C. L. R., se declara su responsabilidad como autora intelectual, imponiéndole la misma pena privativa de libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

En razón de los recursos de apelación interpuestos, el tribunal de segunda instancia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia resuelve reformar la sentencia, en cuanto a la situación jurídica de dos de los procesados, declarándolos culpables, en grado de cómplices, en virtud de que, según su apreciación, se ha demostrado que: 1) la autora intelectual de la infracción giró inusualmente cheques a su hermano, quien de acuerdo a los hechos los cobró para cumplir con la oferta económica a los autores materiales del delito; y, 2) que la pareja sentimental de la autora intelectual fue quien ayudó al financiamiento del ilícito.

RESUMEN DE CASACIÓN

El tribunal de casación reforma la sentencia de apelación, en virtud de que considera que no se ha podido establecer la responsabilidad del hermano (cómplice) de la autora intelectual, ya que partiendo de los hechos probados: 1) el recurrente es hermano de la procesada y en esa calidad cobró los cheques girados por ella, 2) de ello se presume que el dinero fue entregado a los autores materiales del delito y 3) con esta presunción se entiende que este dinero fue el pago para la comisión del ilícito.

Con estos antecedentes, el tribunal de casación concluye que, si bien se hablan de presunciones para determinar la responsabilidad del procesado, en grado de cómplice, éstas no pueden estar basadas en otras presunciones, sino en hechos probados, graves, precisos y concordantes, por lo tanto, restituye su estado de inocencia.

Con respecto a la autora intelectual y a su pareja sentimental, se declaran el abandono de sus recursos, debido a la falta de comparecencia a la fundamentación de los mismos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2012-0338

Juez Ponente: Dr. Byron Guillen Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, jueves 28 de octubre del 2021, las 17h04.
VISTOS:
1. Se pone en conocimiento de este Tribunal, el recurso de revisión interpuesto por la ciudadana Carolina Llanos Romero amparada en la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal (en adelante " CPP"), aplicable al caso, respecto de la sentencia de fecha dictad por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia, que confirma el fallo de condena, por lo que una vez realizada la audiencia de fundamentación se procede a emitir el fallo por escrito debidamente motivado.
I. Jurisdicción y competencia
2. Este órgano jurisdiccional pluripersonal se integró por sorteo de ley, realizado el 12 de marzo de 2021, las 15h30, y su conformación no ha sido objetada jurídicamente por ninguno de los sujetos procesales.
3. Mediante resolución No. 209-2017, de 20 de noviembre de 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura, al amparo de lo dispuesto en los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por tal motivo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 01-2018, de 26 de Enero de 2018, conformó su seis salas especializadas, según le faculta el COFJ, en su artículo 183.
4. El Consejo de la Judicatura, al amparo de los artículos 181.3 de la Constitución y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la renovación de las y los Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Una vez concluido este proceso de selección, el Consejo de la Judicatura emitió la resolución No. 08-2021, designando como Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia a los profesionales que superaron el concurso.
5. Bajo las reglas de competencia mencionadas y luego del sorteo de ley se constituyeron como Tribunal de Casación: el señor Abogado Byron Guillen Zambrano Juez Nacional Ponente, el señor abogado Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, y la ab. Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional.
6. Por encargo del doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, conoce la presente causa el señor doctor Luis Rojas Calle, Juez Nacional (E).
II. Validez procesal
7. El presente recurso de revisión se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos

359 y siguiente del CPP, en concordancia de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de este recurso, por tanto, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

III. Trámite

8. De la revisión de autos se advierte que el inicio de instrucción fiscal dentro del presente caso se dio con fecha 19 de abril de 2012, por lo que en atención a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP"), publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso es lo previsto en el CPP que incluye las reformas de 24 de marzo de 2009.

IV. Actuación procesal relevante

9. El presente proceso se sustanció conforme a las reglas previstas en el artículo 128 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CRE"), 168 y 192 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante "COFJ") en atención al fuero de Corte Nacional del ciudadano Tito Galo Lara Yépez, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Asambleísta.

10. En audiencia preparatoria y de evaluación de juicio de fecha 17 de agosto de 2012, las 08h30, el Juez Nacional de Garantías Penales, doctor Merck Benavides Benalcázar, dictó auto de llamamiento a juicio respecto de los señores José Veliz Sánchez, Carlos Alfredo Guaray Vargas, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez, Geomar Carolina Llanos Romero y Galo Tito Lara Yépez por presumir su participación en calidad de autores del delito de asesinato tipificado y reprimido en el artículo 450 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 del Código Penal (en adelante "CP"); al señor Gilbert Gualberto Llanos Romero en calidad de cómplice y al señor Luis Humberto Mediavilla Paredes en calidad de encubridor.

11. Respecto de los señores Klever Ebered Romero Barragán y Martín Daniel Barreiro Espinoza, fiscalía se abstiene de acusarlos y se dicta sobreseimiento provisional a su favor.

12. Por corresponder al trámite vigente para el caso, de conformidad al artículo 330 del CPP los ciudadanos Tito Galo Lara Yépez, Geomar Carolina Llanos Romero y Luis Alberto Mediavilla Paredes, correspondiendo su conocimiento al tribunal de Corte Nacional integrado por el señor juez Jorge Blum Carcelén, Ex Juez Nacional en calidad de ponente, señora doctora Gladys Terán Sierra, Ex Jueza Nacional y el señor doctor Paúl Íñiguez Ríos, ex juez Nacional, que en auto de fecha 23 de octubre de 2012, las 11h30, fue negado por cuanto a criterio de la Sala no existe vulneración al trámite que haya influido al momento de dictar el autor de llamamiento a juicio.

13. Mediante auto de 19 de noviembre de 2012, las 08h05, el juez de instancia remite el expediente para que se designe un tribunal para que sustancie la etapa de juicio, y respecto a los señores Carlos Alfredo Guaray Vargas y Gilbert Gualberto Llanos Romero la declara suspendida por encontrarse prófugos.

14. El 02 de enero de 2013, las 12h00 el Tribunal de Etapa de Juicio integrado por el señor doctor Vicente Robalino Villafuerte (+) ex Juez Nacional en calidad de Ponente, señora Lucy Blacio Pereria, Ex Jueza Nacional, Johnny Ayluardo Salcedo, ex Juez Nacional por unanimidad declaran probada la existencia material del delito de asesinato tipificado en el artículo 450. 1.2.4 y 5 del Código Penal. Sobre la responsabilidad penal señala que se encuentra probada la participación de los señores José Manuel Veliz Sánchez, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez Franco en calidad de autores materiales de la infracción imponiéndoles la pena de veinte años de reclusión mayor especial. Respecto a la situación jurídica de la señora Geomar Carolina Llanos Romero se declara su responsabilidad como autora intelectual imponiéndole la pena de veinte años de reclusión mayor especial.

15. Sobre el señor Tito Galo Lara Yépez al considerar que no existen elementos suficientes se ratifica su estado de inocencia; y del Luis Alberto Mediavilla Paredes al no existir acusación fiscal se ratifica su estado de inocencia.

16. Notificado el fallo dentro del término de ley y bajo los parámetros del procedimiento que rige la causa interponen recursos los sujetos procesales bajo el siguiente detalle: 1) Juan Fernando Rodríguez Lavayen y José Manuel Veliz Sánchez, ha interpuesto recurso de nulidad y apelación; y 2) Edgar Eduardo Martínez Franco, Geomar Carolina Llanos Romero en calidad de procesados y los acusadores particulares Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde interponen recurso de apelación, recayendo su conocimiento por sorteo de ley en el Tribunal integrado por la doctora Ximena Vintimilla Moscosp, Ex

Jueza Nacional, señora doctora Zulema Pachacama Nieto, ex Conjueza Nacional, y el señor doctor Edgar Flores Mier, Ex Conjuez Nacional, quienes en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2013, las 12h00 resuelven negar los recursos propuestos por los señores José Manuel Veliz Sánchez, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez Franco y Geomar Carolina Llanos y aceptan parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las acusadoras particulares y se reforma la sentencia recurrida en cuanto a la situación jurídica del señor Tito Galo Lara Yépez a quien se le declara culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 450 con las circunstancias de sus numerales 1, 2, 4 y 5 del CP. En calidad de cómplice del ilícito imponiéndole la pena de diez años de reclusión mayor especial de conformidad con los artículo 43 y 47 del mismo cuerpo del leyes.

17. Dentro del término de ley los ciudadanos Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Geomar Carolina Llanos Romero, Tito Galo Lara Yépez (procesados), y las señoras Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde (acusadoras particulares) interponen recurso de casación, y mediante sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, las 08h00 el Tribunal integrado por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Ex Conjuez Nacional en calidad de ponente, señor doctor Alejandro Arteaga García, ex Conjuez Nacional, y la señora doctora Aída Palacios Coronel, Ex Conjuez Nacional resuelven: 1) Declarar el abandono de los recurso de casación presentados por los señores Tito Galo Lara Yépez y Geomar Carolina Llanos Romero por no comparecer sus defensores a la audiencia señalada para la fundamentación del recurso; 2) Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por el señor Juan Fernando Rodríguez Lavayen (procesado) y por las señoras Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde.

18. Ejecutoriada la sentencia de condena presenta recurso de revisión la sentenciada Geomar Carolina Llanos Romero, sobre la base de la causal 4 del artículo 360 del CPP, impugnación que es puesta en conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Crimen Organizado y Corrupción de la Corte Nacional de Justicia.

V. Relato de hechos

19. En la sentencia que resuelve el recurso de apelación el tribunal refiere los siguientes hechos: El día 4 de agosto de 2011, aproximadamente a las 19h00, en recinto Balserio, cantón Quinsaloma, provincia de Los Ríos, se ha producido el asesinato de Carlos Humberto Llanos Avendaño, Silvia Alexandra Parco Valverde y Calos Alberto Llanos Parco, hecho ocurrido en su casa de habitación, sus cuerpos fueron abandonados en el río Umbe, cercano al lugar del crimen, posteriormente la casa ha sido incendiada siendo reducida a escombros.

VI. Prueba práctica y síntesis de la exposición de argumentos planteados por los sujetos procesales en la fundamentación del recurso de Revisión.

a. Prueba practicada

20. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 345 y 366 del CPP, se dispuso la presentación de prueba en audiencia, por lo que de forma previa a su fundamentación la defensa técnica del recurrente presentó los siguientes medios probatorios:

- La prueba testimonial

21 Fernando Marcelo Balda Flores, quien luego de rendir el juramento respectivo, y ante las preguntas formuladas por el abogado defensor de la recurrente indica. P.- Qué conoce usted sobre este caso. R.- En el año 2012 estuvo privado de la libertad, fueron hechos públicos que fue deportado de Colombia, había en su contra dos causas, el uno por supuesto delito de calumnia por una declaración que emitió en televisión, y la otra por el supuesto delito de atentar contra la seguridad interna del Estado, también por declaraciones que dio a la prensa, es decir delitos de opinión, la condena que tenía era de dos años de prisión, sin embargo, cuando se le privó de la libertad se le envió a cumplir la condena al ex penal García Moreno, al pabellón de máxima seguridad especial, él era el único sentenciado que estaba a dos años de prisión, el resto de privados de libertad tenían condenas de 25, 30, 35 años, estaban por delitos de sicariato, narcotráfico, violación, crimen organizado (nunca entendió por qué le mandaron a cumplir una condena producto de sus actividades políticas) a una cárcel de máxima seguridad, creo que por una gracia de Dios no le pasó nada malo, un día cuando estaba en el patio recibiendo la comida, el almuerzo se le acercó un joven que se identificó como José Veliz, le pregunta por qué está ahí, y le dice que estaba por el caso Quinsaloma, era un caso público y entendió que era por los crímenes que se cometieron ahí, él era un joven de mediana estatura, contextura normal, trigueño, cabello obscuro, tipo cholo como se dice, él le dijo como va tu caso, y le indicó complicado don Balda, íbamos bien pero resulta

que se ha enterado que le han metido en el caso al señor Galo Lara y a su pareja Carolina Llanos, y ya esto se volvió político, y eso no nos conviene a nosotros para la defensa, porque por destruir al señor Lara que es enemigo del gobierno nos van a hundir a nosotros, y él al señor Galo Lara ni le conozco, nosotros no hemos tenido ningún contacto que tenga que ver, con su mujer tampoco, refiriéndose a la señora Carolina Llanos, entonces él, Fernando Balda al señor Galo Lara le conoce desde antes de entrar al partido Sociedad Patriótica, de ahí cuando era parte del partido, y durante todos los actos de su vida política que le conoce al señor Galo Lara como una persona siempre apegada a la ley, muy precavido se sus actuaciones, cuando sale él de la cárcel, un día estaba en una conferencia y le hacen unas preguntas sobre el caso Galo Lara, había mucha prensa, y esto es una reflexión muy importante, en sus declaraciones sin querer terminó hablando del caso Galo Lara, defendiendo su inocencia, y alguien cercano a él, un primo suyo le llama y le dice Fernando no defiendas a Galo Lara públicamente porque el caso es muy mediático, está muy estigmatizado y eso te afecta tu imagen política, entonces le cuenta a su primo lo que había conocido en la cárcel, la declaración que le hizo el señor Veliz que le había contado que él y su esposa no tenían nada que ver en este crimen, entonces le dijo al primo, solo imagínate que esto le estaba pasando a él, y que las personas que mataron le dijeron eso, no sabe si defender a Galo Lara le dé mañana votos o afinidades políticas, o se los quite, pero cree que es más importante y vale más defender la inocencia de las personas a cualquier costo, a él lo dijo José Véliz, y es más cuando siguieron conversando él le dijo cuando le metieron al señor Lara ya nos jodimos, que ellos estaban buscando transar con el Fiscal, y hacer esto calladito, y esa es la historia en honor a la verdad que conoció de primera persona con el señor José Veliz, luego inmediatamente cuando recién cayó preso vienen agentes que dijeron que era de inteligencia que le han torturado, y le han dicho que le van a ayudar a salir libre si graba un video diciendo que se hizo esta muerte con plata que mandó no recuerda exactamente Galo Lara a través de Carolina Llanos, y yo grabé, no me dieron nunca la plata que le ofrecieron, y ahora estoy más jodido que lo que estaba antes, entonces cuando le llamó la defensa del señor Lara para que venga a rendir su testimonio, y es cuando le pide al doctor Felipe Rodríguez que le defienda en el caso que fue público, y en medio de que le contó lo que le había pasado en la cárcel, y le comentaba también al doctor León esta situación, y era ahí que le llama para que indique lo que conoció sobre Galo Lara. P.- Usted se refirió a que un día se acercó José Veliz, puede identificar el año. R.- Tiene que haber sido en los últimos meses del 2012 y en el transcurso del 2013. P.- Hizo referencia a la existencia y grabación de un video en el que había sido obligado a grabar con una promesa, conoces tú si este video se difundió en redes sociales. R.- Sí, en ese momento no había visto el video pero se entera justamente por él, le dijo que había subido ese video a las redes sociales para utilizarlo mediáticamente en contra de Galo Lara. P.- Recuerda si fue ese video utilizado por Fiscalía al menos mediáticamente para poder constatar la responsabilidad de Carolina Llanos. R.- No recuerda exactamente así pero si supo que sonaba mucho y se habla de ese video que a alguien acusaba. Ante las preguntas formuladas por el señor delegado de la señora Fiscal General del Estado responde. P.- Anteriormente usted rindió algún testimonio en este caso. R.- No. P.- Quien le pidió que comparezca a esta audiencia en calidad de testigo. R.- La defensa de la señorita Carolina Llanos y Galo Lara. P.- Usted conoció del asesinato de Carlos Llanos, su esposa e hijo. R.- Lo conoció por la prensa, por los medios de comunicación. P.- Cuando conoció. R.- Si no se equivoca tiene que haber sido cuando estaba en Colombia exiliado, se entera por la prensa, inmediatamente porque un día el señor Galo Lara le dijo que estaba en Colombia y quería que le acompañe porque quiere cumplir una promesa a la iglesia del Divino Niño que está en Bogotá porque él prometió que si Dios le ayudaba iba a entrar de rodillas a la iglesia, le acompañaron con su esposa Vanesa a cumplir la promesa, y ahí se enteró un poco más de los detalles del proceso. P.- Indique si conoció a los culpables de este triple asesinato. R.- A la única persona que le conoció vinculada a este caso fue al señor José Veliz. P.- Indique si conoció los motivos de este triple asesinato. R.- No. P.- Conoció si los señores Carlos Llanos y su esposa tenían enemigos. R.- No. Ante las preguntas formuladas por la defensa de las acusadoras particulares responde. P.- A usted le dijo el señor José Veliz como filmó el video. R.- El señor José Veliz le dijo que le habían sometido, obligado, golpeado, torturado y mediante esa presión le obligaron a grabar el video. P.- En qué fecha habría sido grabado el video. R.- No, desconoce. P.- Sabe usted donde habría sido grabado el video. R.- Él le dijo

cuando estaba detenido. P. Conoce usted a Carlos Guaray. R.- No. P.- Conoce usted a Juan Fernando Rodríguez. R.- No le conoce. P.- Conoce al señor Edgar Martínez Franco. R.- No lo conoce. Ante las preguntas formuladas por el abogado defensor de los no recurrentes responde. P.- Conoce usted cual fue el resultado del proceso, que resolvió la justicia sobre la situación jurídica del señor José Veliz. R.- Técnicamente no, por los medios de comunicación sabe que hubieron sentenciados por este crimen, y él es uno de ellos.

22. General Lenin Bolaños Pantoja, con número de cédula de ciudadanía 1707333124, quien luego de rendir el juramento de ley, y ante las preguntas formuladas por la defensa técnica de la recurrente indica. P.- Indique al Tribunal que conoce usted de este caso. R.- Fue en esa época coronel de policía, estaba en esa época como comandante del Azuay, le dieron el pase el 12 de junio del 2013 llegó a Los Ríos, y como política personalmente siempre hace el levantamiento de los perfiles de violencia criminal y social, y es así que se percató de dos partes fundamentales en el tema, la Provincia de Los Ríos era la más violenta en esa época 2012, 2013, y ese levantamiento de perfiles de violencia criminal y social le dio las alertas desde el punto de vista de escenarios concretamente en el asesinato de una profesora, y el tema de un asesinato en el distrito Pueblo Viejo, concretamente en un lugar de una gallera pico de oro, esos perfiles de violencia criminal le dio la alerta de un nombre, en el caso específico de tres personas que era en contra del ciudadano Marcos Cortez Cáliz, en el asesinato en la gallera por parte presumiblemente porque los compañeros policías habían actuado de manera inmediata y habían 3 detenidos, concretamente un ciudadano de nombre Meza, Meléndez y Cedeño, esto había sucedido en el año 2012, mes de junio, es ahí donde este levantamiento que tenía como comandante a partir del 2013, y tenía la responsabilidad como comandante de la sub zona Los Ríos en el sentido de que el comandante es el responsable de lo que se genera a nivel de los siete distritos que tenía en la provincia, y específicamente se concretó en 3 distritos, Babahoyo, Buena Fe, y Vinces, y es ahí en donde se generó desde el punto de vista de su política, y pudo percatarse que el señor de nombres Alex Cedeño Molina era testigo protegido del caso Quinsaloma, y toda la información que recabó como comandante a base del perfil de violencia criminal en esta provincia, y específicamente en Babahoyo pudo determinar que algo pasó en el tema de ese proceso judicial, porque los elementos de convicción, y él como policía era el ordenador, el coordinador de policía preventiva, investigativa y de inteligencia, realizó varios procesos, uno era hablar con el fiscal del caso que era el señor fiscal Álvarez, conversó con el señor fiscal provincial, conversó con los señores oficiales que tenían el caso desde el año 2012, y como comandante se propuso hacer un levantamiento de todo el caso, y ya prácticamente pasó el tiempo y le dieron el pase a Guayaquil, y después pasó a la Jefatura de Estado Mayor, ahí se propuso hacer el alcance y le pidió formalmente al doctor Merlo que estaba en el Consejo de la Judicatura, a la señora Ministra María Paula Romo a través de un oficio que generó al señor comandante de esa época, al señor General Nelson Villegas Ubillus, de ahí lamentablemente una responsabilidad como policía no tiene, eso es competencia de Fiscalía General del Estado, y del Consejo de la Judicatura, y sabe que no les sancionaron a estas personas. P.- Indique qué diligencias realizó usted en el caso gallera pico de oro. R.- Eso había pasado en el año 2011, estaba un proceso investigativo en la Corte Provincial en Los Ríos, realizó el pedido al fiscal provincial Álvarez, pero después le sancionó el Consejo de la Judicatura, y salió el doctor, ya no había la continuidad, pero eso pasó por parte de la Fiscalía General en razón de que estaba citado el señor Galo Lara, en ese tiempo asambleísta, y pasó a fuero de Corte y pasó a Quito, pero como comandante seguía con el tema de esta situación de impunidad porque el tema de policía es el contacto ciudadano, y lamentablemente le tenían miedo, terror a este señor, a las 3 personas prácticamente. P.- Recuerda usted los hechos acontecidos en el caso gallera de oro. R.- Sí pues se dio lectura del tema cuando llegó a comandar la provincia en junio del 2013, sacó todos los elementos. P.- Cuáles fueron esos hechos. R.- Los hechos fueron que en el mes de junio del 2012 en la gallera pico de oro, en el distrito Pueblo Viejo se había producido un altercado y habían utilizado varias personas armas de fuego, le impactan al señor Marcos Cortez Cáliz, fallece, y los elementos policiales del área preventivos hacen la detención a 3 personas, Meza, Meléndez y Cedeño, en delito flagrante les detienen, les trasladan al distrito Babahoyo, y hacen los procesos legales de comunicar a la Fiscalía, hacen las audiencias correspondientes en la responsabilidad del comandante coronel Patricio Carrillo. P.- Usted indica que el señor Alex Cedeño estuvo procesado por ese caso. R.- Sí

estuvo procesado. P.- También indicó que posteriormente se archivó la causa seguida en contra del mencionado ciudadano. R.- Así es, tubo conocimiento cuando estuvo ya como Jefe del Estado Mayor, pero seguía investigando porque era la comunidad que exigía y le decía que cuando él estaba como comandante, usted ve que en su período del 2013 al 2014 bajó prácticamente el 37% de violencia criminal y violencia social, en 25 años fue el distrito más violento del País el distrito Quevedo. P.- Usted indicó que el señor Alex Cedeño se encontraba como testigo protegido de Fiscalía. R.- Sí, se enteró porque el elemento de levantamiento de perfiles de violencia criminal y social en una provincia le da un conocimiento general. P.- Y tenía como tal un trato distinto entre las demás personas, R.- No, el trato es respecto a no violentar los derechos de las personas, en este caso del señor. P.- Qué es lo que usted conoce respecto del señor Alex Cedeño. R.- Lo que sabe que es de conocimiento público que era testigo protegido para el caso Quinsaloma, porque se leyó el expediente del tema, pues eso había pasado en el año 2011, y como comandante tenía los perfiles de violencia criminal tiene un antecedente en esa provincia, y eso acostumbraba hacerlo cuando llegaba a una provincia. P.- Usted ha indicado que era testigo protegido de Fiscalía, sobre qué hechos debía haber testificado el señor. R.- Como es de conocimiento público, y era de conocimiento de los oficiales era del tema Quinsaloma. P.- Respecto de qué persona en particular. R.- Respecto de la señora Llanos y del señor Galo Lara. Ante las preguntas formuladas por el señor delegado de la Fiscalía General del Estado responde. P.- Usted rindió anteriormente testimonio en esta causa. R.- No. P.- Para que comparezca a esta audiencia quien le pidió. R.- El señor abogado. P.- Usted conoció de algún antecedente sobre el cometimiento del asesinato del señor Carlos Llanos, su esposa e hijo. R.- Por conocimiento público y por la responsabilidad como comandante, al llegar a la provincia de Los Ríos siempre levantaba perfiles de violencia criminal y social, ahí tuvo conocimiento de este caso que se había producido en Quinsaloma, distrito Ventanas en el año 2011. P.- Antes del conocimiento de este triple asesinato conoció algo. R.- No, estaba como comandante en la provincia del Azuay. P.- Usted estuvo presente en la receptación de las declaraciones o testimonios de los procesados y testigos en el presente caso. R.- No. P.- Qué conoce sobre la participación de la señora Carolina Llanos. R.- En la lectura que dio que estaba siendo procesada por el tema de un triple asesinato, una pareja y su bebé en el distrito Ventanas, pues ahí estaba de comandante el coronel Patricio Carrillo, a él le reemplazó el 12 de junio del 2013, siendo la responsabilidad hacía el tema de levantamientos de perfiles criminales y sociales en esa provincia, y se pudo dar cuenta que en el año 2011 se dio ese hecho, y el tema de la profesora, y como comandante le dio la responsabilidad de hacer un levantamiento de información, pero del caso del 2011 prácticamente ya no conoció porque ese caso sabe que trajeron acá a Quito. P.- Es decir que usted se enteró después de los hechos. R.- Así es. Ante las preguntas formuladas por el señor abogado de las acusadoras particulares responde. P.- Conoce usted al señor Edgar Martínez Franco. R.- No le conoce. P.- Conoce usted al señor Juan Fernando Rodríguez. R.- No le conoce. P.- Conoce al señor Carlos Guaray. R.- No le ubica. P.- Conoce al señor José Veliz Sánchez. R.- No le ubica. P.- Le conocía al señor Carlos Llanos Abendaño. R.- No. P.- Le conocía a la señora Silvia Parco. R.- No. P.- Usted indicó que tenía conocimiento de lo que debía decir Alex Cedeño es esta causa, Cómo lo supo. R.- En ningún momento ha indicado eso, estaba de testigo protegido en el caso Quinsaloma, eso ha indicado. P.- Cómo sabía usted que estaba como testigo protegido. R.- Por el tema de responsabilidad como comandante de Los Ríos, más aún cuando uno ve a las personas transitar en Babahoyo, personalmente observó que estaba con custodia policial, y como comandante averiguó en Quito, y efectivamente le indicaron los oficiales de la provincia de Los Ríos que estaba el señor Alex Cedeño Molina como testigo protegido de Fiscalía. P.- Sabe usted como se llamaba el oficial que estaba a cargo de la custodia R.- No. No hay preguntas por parte de la defensa técnica de los no recurrentes.

23. Galud Elizabeth Llanos Romero, con número de cédula de ciudadanía 1203004435, quien luego de rendir el juramento de ley y ante las preguntas formuladas por el abogado defensor de la recurrente indica. P.- Indique al Tribunal qué conoce usted de este caso. R.- Esta trama porque eso fue, fue un horror creado en contra de su familia, esto empezó el 2 de agosto del 2011, su hermana es esposa de Galo Lara, ella estuvo en estado de gestación, el 28 de agosto del 2011 su hermana se trasladó a Guayaquil para ser revisada por su estado de gestación, se trasladó conjuntamente con Gilbert Llanos Romero, pues vivían juntos en la misma casa, tenían

una relación muy estrecha, ella se quedó encargada con la cuñada Graciela Erazo de la casa de Carolina Llanos en San Carlos, el día 2 de agosto ella se trasladó a la ciudad de Guayaquil porque para esa fecha estaba prevista la cesárea que tenían que practicarla para el alumbramiento de los gemelos, ese día se quedó con ella acompañándole en la clínica, al siguiente día regresó a la parroquia San Carlos, pues se quedó encargada de su casa y de su finca en San Carlos, el día 4 de agosto, siempre estuvieron en comunicación porque los bebés nacieron antes de tiempo, ese día le dieron de alta a su hermana, su hermana le firma un cheque de 4.000 dólares para cancelar la clínica, él se dirigió al Mall del Sol que queda frente a la Clínica, regresa a cancelar en la clínica, entre trámites ellos estuvieron saliendo de la clínica 6 de la tarde el 4 de agosto del 2011, se trasladaron a un departamento que Galo Lara alquiló para su estadía, el 15 de agosto su hermano regresa a San Carlos a llevar ropa, a ver cómo está los trabajos en la finca, a ver a su papá, regresa a conversar con ellos sobre el estado de los bebés, fueron con él, luego de ese día se regresó a Guayaquil porque él era quien le atendía a su hermana, el 28 de agosto regresaron a la casa en San Carlos con los bebés, pasaron los días, un día 25 de diciembre se encontraban en San Carlos preparando una comida con su hermana, era el cumpleaños de su sobrina cuando recibieron una llamada de su mamá quien le indica que llegó la señora Clemencia Abendaño con unas personas armadas, dicen que trabajan para Alex Cedeño, su padre como persona honorable, respetuosa, poco ingenuo, le llaman a su papá que vaya a la casa de la señora Clemencia, una vez en la casa le empiezan a golpearle, a tratarle de criminal, en ese momento salió de la boca de la señora Clemencia que Carolina Llanos era una criminal, eran los criminales de su familia, llamaron a su papá, él dejó la llamada abierta, entonces escucharon los insultos, las amenazas que querían quemar la señora Clemencia conjuntamente con sus hijas y las personas que llegaron armadas, al son de los disparos se acumuló la gente de la comunidad, quienes entraron a la propiedad de Augusto Llanos y le sacaron a su padre, llegó la policía, se elaboró un parte policial, desde ese momento escucharon el rumor que Carolina Llanos y Galo Lara eran los criminales, como era navidad esperaron que la señora Fiscal se incorpore a su trabajo, en ese entonces Inés Barco en Quinsaloma, se fue a hablar con la señora Fiscal y le indicó que lo haga por escrito cualquier petición, se fue a Quevedo a contratar un abogado, y el 5 de enero del 2012 presentó escrito a Fiscalía solicitando le dé a conocer qué hay en contra de Carolina Llanos, y ella le responde que no hay ninguna causa en contra de Carolina Llanos, el 16 de enero del 2012 Carolina viaja a Guayaquil a realizar compras para su hijos, viaja a Guayaquil, en la tarde la llama y le indica que le acaban de detener, en ese momento empezó una tortura para la familia, porque fue algo infame, porque su hermana estaba cesareada con los bebés, el fallecido era primo para ellas, fue una infamia, ahí empezó la tortura, le llevaron presa a Guayaquil, intentaron acabar con la vida de ella, no recuerda si eran 4 o 5 presas que entraron a su celda a intentar matarla, se encerró en el baño, pasaron los días, el 28 de enero del 2012 viajó a Guayaquil porque necesitaba comprar útiles de aseo, su hermano se quedaba con los bebés en la casa de San Carlos, recibe una llamada de su mamá llorando y le indicó que se metieron a la casa, la casa es una villa con una terraza y dispararon, decía que le mataron a su hijo, un hombre se subió por la parte de atrás, que habían 3 personas más armados que preguntaban por los hijos de Galo Lara, le dispararon a su hermano en la pierna, fue un suplicio, fue una trama creada en contra de su familia. P.- Qué vínculo tiene con Carolina Llanos. R.- Ella es su hermana. P.- Y con Gilbert Llanos. R.- Es su hermano también. P.- Usted indicó que Carolina viajó el 28 de julio del 2011 a Guayaquil. P.- Qué tipo de complicación tuvo su hermana en el embarazo. R.- Por el embarazo como los bebés estaban muy grandes no podía pararse por momentos, tenía sangrados, siempre había una doctora de San Carlos que le veía, en su cumpleaños ella ni siquiera se levantó, era un embarazo muy complicado. P.- Usted indicó que tuvo que realizarse una cesárea. R.- El 28 de julio viajó con Gilbert Llanos a Guayaquil. P.- Qué día le dieron de alta a Carolina. R.- El día 4 de agosto, cabe recalcar que su hermano estuvo en la ciudad de Guayaquil, sin embargo a él también lo vincularon porque supuestamente se decía en boca del ex fiscal Chiriboga que su hermano cobró el cheque en Quinsaloma, y que él pagó a los sicarios con ese dinero, lo cual es una vil mentira, él siempre se mantuvo en Guayaquil en compañía de su hermana, pues Galo Lara era asambleísta y no podía hacerse cargo, quien tenía que estar ahí es su hermano. P.- Qué paso en el proceso con su hermano. R.- Gracias a Dios la misma Corte Nacional de Justicia después de 4 años de estar sentenciado la Corte se dio cuenta porque se pudo

probar que él nunca cobró ese cheque en el cantón Quinsaloma, la Corte Nacional lo declaró inocente. P.- ese día que le dieron el alta a Carolina, no fue ese día en el que se cometieron los crímenes en Quinsaloma. R.- Sí el mismo día. P.- Hizo referencia a una agresión que sufrió su hermana en el centro de rehabilitación con otras reclusas, qué paso con esa agresión. R.- Entraron 5 mujeres detenidas que le agredieron a Carolina con cuchillo en mano. P. Y qué consecuencias tuvo su hermana. R.- Ella perdió un bebé. P.- Y cómo supieron eso. R.- Empezó a sangrar, había pedido auxilio, no le permitían darle los primeros auxilios, cuando llegó la declarante le dijeron que le sacaron en el balde de una camioneta hacia el hospital, cuando ella llegó ya perdió el bebé. P.- Y se quedó internada en el hospital o no. P.- Sí se quedó internada. P.- Después de cuánto tiempo regresó al centro de rehabilitación social. R.- Regresó como a la semana, tenía que quedarse más tiempo en reposo, pero tal fue la presión al señor que dirige la cárcel para que Carolina Llanos regresara a la cárcel. P.- Los hijos nacieron el 2 de agosto del 2011, se quedaron en la termocuna. R.- Sí se quedaron en la termocuna. P.- Hasta cuando se quedaron. R.- Exactamente no recuerda pero fueron unos 3 o 4 días. P.- Indique los días 4 y 5 de agosto del 2011 dónde se encontraban sus hermanos Carolina y Gilbert. R. Ellos se encontraban en la ciudad de Guayaquil en el hospital, pues una mujer con cesárea, ella tenía que trasladarse del departamento al hospital para alimentar a sus bebés. P.- Conocía al señor Abel Darwin Romero Pinos. R.- Sí, es un primo. P.- Quien era. P.- Era un primo suyo que falleció, lo asesinaron quemándolo. P.- Cuando fue eso. R.- Eso fue el 6 de junio del 2011. P.- Antes del asesinato en Quinsaloma. R.- Así es. P.- Recuerda si en ese asesinato se encontró o fue declarado una persona culpable. R.- Sí, le declararon culpable a Juan Fernando Lavayen. P.- Sabe si esa persona también fue declarada culpable en el caso Quinsaloma. R.- También fue declarada culpable en ese caso. P.- Tiene algún vínculo este caso con Quinsaloma. R.- Sí porque los rumores que se daban después del crimen de Quinsaloma rumoraban en el recinto Balserío que esto fue una venganza, que así como fue la primera muerte, la segunda muerte igual fue quemado su casa, decía la gente que es una venganza. P.- Venganza entre quienes, qué familias. R.- Entre la familia Romero, el papá del muerto Washington Romero, Carlos Llanos Abendaño. Ante las preguntas formuladas por el señor delegado de la Fiscalía General del Estado responde. P.- Usted rindió anteriormente testimonio en esta caso. R.- No. P.- Porque no lo hizo. R.- Porque no podía hacerlo, no daban paso. P.- Le pidieron al abogado defensor para comparecer a rendir testimonio. R.- Había hablado con el abogado para comparecer y decía que no permite a la misma familia. P.- Quien le pidió que venga a rendir testimonio. R.- Ella mismo quiso venir a rendir testimonio porque ya es hora de que se haga justicia porque hay dos personas que aún están diciendo que son culpables, y ellos son inocentes. P.- Usted conoció del triple asesinato de Carlos Llanos, su esposa e hijo. R.- Claro que conoció, ellos eran primos y vivían frente a la casa de su padre. P.- Cuándo conoció. R.- En la noche, una cuñada suya le llamó y le dijo que se estaba quemando la casa, entonces dijo qué paso, tal vez el cilindro de gas, decía que hay llamas y que están apagando. P.- Conoce quienes fueron los culpables de ese asesinato. R.- Desconoce. P.- Conoce los motivos por los que se cometió ese asesinato. R.- No conoce, solo escuchó los rumores que se hablaba. P.- Conoce si Carlos Llanos y su esposa tenían enemigos. R.- Desconoce. P.- Usted ha indicado fechas como por ejemplo el 2 de agosto, el 4 de agosto, el 25 de diciembre de qué año. R.- El 25 de diciembre del 2011, ahí es donde empezó todo, donde dijo la señora Clemencia Abendaño ella manifestaba que Carolina Llanos y Galo Lara y su familia eran los criminales. P.- Cual es el nombre de su padre. R. Gualberto Napoleón Llanos Secaira. P.- Usted manifestó que dentro del proceso se vincularon a algunas personas, que entiende con esa palabra. R.- Lo que entiende es que dentro del proceso en donde fueron injustamente acusados también le metieron en el mismo a su hermano solo por la razón de estar en Guayaquil, por haber cobrado un cheque y haber pagado a la clínica, se cogieron de eso para crear un drama horrífico en contra de su familia. P.- Cual es su relación con la señora Carolina Llanos. R.- Una relación de hermanas, un cariño, un amor de hermanas. Ante las preguntas formuladas por el defensor técnico de las acusadoras particulares responde. P.- Usted sabe que en esta causa hay una factura del Omni hospital con costo cero por ser una cortesía al señor Galo Lara. R.- Desconoce porque no estuvo el 4 de agosto en la ciudad de Guayaquil. P.- Denunciaron la agresión que sufrió su hermana. R.- Claro que sí. P.- Qué pasó indique. R.- La declarante puso la denuncia en la ciudad de Guayaquil. R.- Han tenido respuesta de la justicia. R.- En Guayaquil si mal

no recuerda la fecha que puso la denuncia, ella le acusaba directamente al Ministro del Interior en ese entonces que si algo le llegaba a pasar a su hermana o a su familia él sería el responsable. P.- Tuvieron alguna respuesta de aquello. R.- No han tenido respuesta. No hay preguntas por parte de la defensa de los sentenciados no recurrentes.

24. Graciela Isabel Erazo Mora, con cédula de ciudadanía No. 120412887-8, quien luego de rendir el juramento de ley ante las preguntas formuladas por la defensa de la recurrente indica. P.- Dígale al Tribunal qué conoce usted de este caso. R.- Indica que da fe de lo que conoce, es cuñada de Carolina Llanos, su esposo es Gilbert Llanos, vivía con su cuñada en San Carlos en su casa, ella más que una cuñada fue una hermana, siempre estuvo pendiente de todo, Carolina Llanos quedó embarazada de los gemelos, un embarazo muy delicado, fue a dar a luz el 28 de julio salió a Guayaquil con Gilbert Llanos, él era el que siempre le acompañaba a ella porque no podía manejar, él tenía que acompañarle porque su esposo Galo Lara era asambleísta, su esposo fue a estar con Carolina, el 2 de agosto nacieron los gemelos, los niños nacieron antes de tiempo y les tenían en termocunas, el 4 de agosto Carolina fue dada de alta, su esposo le dice que solo Carolina va a salir porque los bebés deben quedarse, entonces se preocupó y llamó para saber cómo estaban, Carolina salió de la clínica como 6 de la tarde, Gibert estuvo pendiente de ella porque su cuñada Galud Llanos le acompañaba a la declarante en la casa conjuntamente con la niña de Carolina, y con su hija, Galud le acompañaba, ella se hizo cargo de las cosas de la finca, Galud Llanos fue a Guayaquil para el alumbramiento de los niños, regresó Gilbert Llanos el 15 de agosto y se fueron a visitar a sus padres en Quinsaloma, Gilbert Llanos se regresó a Guayaquil a estar con su hermana Carolina en Guayaquil, regresó Carolina el 28 de agosto de Guayaquil a la casa con Gilbert, de ahí lo involucraron a su cuñada inocentemente, le metieron presa, el mundo se les venía abajo porque nunca habían estado involucrados en ningún problema, el 28 de enero se metieron a la casa de San Carlos donde vivían con los gemelos, estaban en la casa y se metieron unas personas y decían que reclamaban a los gemelos, su esposo batalló con esas personas que le dispararon, la declarante se encontraba en Quinsaloma y le llama la suegra a decirle lo que pasaba, Galud estaba en Guayaquil, la cuñada llamó a Nora algo así que es la Jefa Política de San Carlos para que mande a la policía, llegó la policía pero su esposo quedó gravemente herido, a su esposo también le inculparon en este crimen siendo inocente, por ser la persona que le acompañaba a Carolina, se inventaron que él estaba el 4 de agosto en Quinsaloma, una mentira porque él estaba en Guayaquil, de esa injusticia su esposo estuvo preso pero lo declararon inocente. P.- Usted indicó que una vez dado a luz los bebés tuvieron que quedarse en termocunas después del 4 de agosto, recuerda hasta que fecha se quedaron. R.- En el lapso de días se quedaron. P.- Cuantos días. R.- Debe haber sido unos 2, 3 o 4 nomás eran después del alta que le dieron a Carolina. P.- La fecha del alta la recuerda. R.- El 4 de agosto. P.- Refirió que mantenía contacto telefónico con su esposo. R.- Todo el día y a cada momento, le decía su esposo que están bien pero que tenían que quedarse los bebés. P.- Usted indicó que su esposo estaba en Guayaquil el día 4 de agosto del 2011, el día 3 y 5 de agosto del 2011 donde se encontraba su esposo. R.- En Guayaquil. P.- El 15 de agosto regresó su esposo de Guayaquil a donde. R.- A San Carlos que es donde vivían. P.- Qué tan lejano queda San Carlos de Quinsaloma. R.- A unos 20 minutos o 25. P.- Conoce del paso de Carolina en el centro de rehabilitación social cuando estuvo presa. R.- A ella le querían matar, hubo una llamada y decía que le querían matar, entonces ella contó que se encerró en el baño porque querían matarla con una cuchilla, ella perdió un bebé por tantos maltratos que tenía, lo que han vivido fue una película de terror que sufrió su cuñada, su esposo, don Galo y toda la familia. P.- Usted conoció al señor Abel Darwin Romero Pinos. R.- Sí. P.- Porqué lo conoció. R.- Porque él era familia de su cuñada, porque está muerto. P.- Porqué Murió, sabe usted que sucedió. R.- No recuerda. Ante las preguntas formuladas por el señor delegado de la Fiscalía General del Estado responde. P. En este proceso anteriormente usted rindió alguna declaración o testimonio. R.- No. P.- Quien le pidió que comparezca a rendir testimonio. R.- A ella le dijo su cuñada Galud Llanos. P.- Cuándo conoció usted del triple asesinato cometido en contra de Carlos Llanos, su esposa y un niño de 4 años. R.- Se encontraba en su casa en San Carlos cuando era la novedad que hubo este incendió, y al segundo día ya era la novedad en el pueblo que se han metido a matarlos a ellos, no sabía más. P.- Usted en ese caso llegó a conocer qué personas fueron los culpables. R.- No. P.- Indique si el señor Carlos Llanos, su esposa tenían enemigos. R.- No podría saber si tenía

enemigos pero la gente en Quinsaloma le tenía miedo, los comentarios que decían de la gente que era muy peligrosa. P.- Porqué le decían que era una persona peligrosa. R.- La gente le tenía miedo porque andaba armado y era una persona muy agresiva. P.- Puede confirmar la relación familiar con la señora Carolina Llanos. R.- Ella es su cuñada. P.- La relación de familia en el 2011 con la señora Carolina Llanos era íntima. R.- Claro, se llevaban como hermanas.- No hay preguntas por parte del abogado de la acusación particular, así como del abogado defensor de los no recurrentes.

- Prueba documental

25. Copia certificada de la sentencia dictada por la Corte Nacional Justicia que resuelve el recurso de casación del recurrente Gilbert Llanos Romero de 26 de junio del 2020, las 11h40, que ratifica el estado constitucional de inocencia de Gilbert Llanos Romero, hermano de Carolina Llanos Romero, en el numeral 4.2 de la misma, en la que se dijo: Como se deja entrever del extenso memorial transcrito ut supra, el tribunal de alzada de mayoría con base a un examen probatorio plagado de presunciones y sustentadas en presunciones, no en indicios probados, precisos graves y concordantes como exigía el artículo 87 del CPP da por cierto que el procesado Gilbert Gualberto Llanos Romero " colaboró con su hermana (la autora intelectual) en la comisión del delito, quien giró inusualmente a su favor los cheques con montos que coinciden con el tiempo de los hecho;, el procesado fue quien cobró los mismos, para cumplir con la oferta a los autores materiales del delito; pues la autora intelectual estaba en estado delicado de gravidez para realizar personalmente la transacción" tal como consta en la parte final del citado numeral 6.2 del fallo cuestionado; y, a partir de ahí, establece el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de dicho procesado, sin que tampoco se avizore el cumplimiento de los requisitos del artículo 88 ejusdem y menos aún que se haya podido acreditar con certeza el elemento subjetivo del dolo en la conducta del impugnante" […] el tribunal de alzada en voto de mayoría partiendo de hechos probados y que son: el procesado hoy recurrente es hermano y de entera confianza de la proceda Carolina Llanos Romero, y que en esa calidad cobró los cheques girados por esta a su favor, de ello presume que esos dineros fueron entregados a los autores materiales del delito; y con esta presunción se construye otra, que ésta entrega de dinero fue el pago para la comisión del ilícito, concluyendo así la participación del recurrente en el grado de cómplice. A partir de lo cual se avizora que el sistema de valoración de las presunciones y los indicios utilizado por el ad quem de mayoría no estuvo acorde con las exigencias de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que si bien hablaban de "presunciones" y consideraban que a partir de indicios se podría presumir el " nexo causal entre la infracción y sus responsables", no es menos cierto que, aquellos presupuestos debían estar sujetos a lo siguiente: a) Las presunciones debían estar basados en hechos probados, graves, precisos y concordantes, lo que supone que en ningún escenario jurídico podrían estar sustentadas en otras presunciones, así lo determinaba el artículo 87 del CPP; y, b) la presunción del nexo causal entre la infracción y sus responsables, estaba supeditada a que se cumplan integralmente una serie de premisas: existencia de la infracción comprobada conforme a derecho; presunción fundada en hechos reales y probados no otras presunciones; e, indicios que sirven de premisa a la presunción, sean varios relacionados, unívocos y directos conforme el artículo 88 ibídem. Es decir no se demostró la entrega del dinero, y si su hermano siendo el medio, Carolina no puede ser responsable, y con esas premisa la decisión es aceptar el recurso de casación y ratificar el estado constitucional de inocencia del señor Gilbert Llanos;

26. Oficio No. SIN-D-AT-2018-0190-O de 1 de octubre del 2018 que contiene como anexos los documentos desclasificados de la Secretaría de Inteligencia ex SENAIN, respecto de Tito Galo Lara Yépez y la operación denominada inteligencia, dicho documento indica: de la revisión de los archivos que reposan el la Secretaría de Inteligencia se pudo constatar la existencia de documentación en la que se hace mención al nombre Tito Galo Lara Yépez, la misma que es remitida a usted por medio del presente una vez que dicha información ha sido debidamente descladificada por el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Resolución No. 052 de 28 de septiembre del 2018, suscribe por la Secretaría de Inteligencia el Cornel Carlos Maldonado, es decir no se tratan ya de documentos secretos, han sido desclasificados.

27. Documento a fojas 10 de los anexos, en el que se refiere al caso independencia, fecha 2013 2702: el 123 d febrero del 2013 bajo el título Galo Lara que hay de tras del asesinato de Quinsaloma, video que está circulando en las redes sociales y publicado en el canal yo tuve que es al que se refería Fernando Balda, en el cual José Manuel Veliz Sánchez testifica

la participación de Carolina Llanos como autora del crimen, quien contrató a Carlos Guaray, jefe de sicarios y Galo Lara Yépez quien participó en la parte financiera según lo manifestado por Veliz, se especula que dicho video fue realizado por el señor Zapata y personal de la UIADE Unidad Antidelincuencia de la Policía Nacional.

28. Documento a fojas 5 de los documentos desclasificados, el caso se identificaba como caso independencia vinculado a Galo Lara, existe un antecedente que es la enemistad entre el señor Alex Vicente Cedeño Molina, y el asambleísta Galo Lara Yépez, desde los años 90 y con ayuda de un colaborador se está gestionando la localización del señor Alex Cedeño Molina, a través de unidades especiales ya que el referido señalado Alex Cedeño Molina presuntamente conoce a los autores del hecho de sangre, y quieren encontrarlo porque es enemigo manifiesto de Galo Lara

29. Documento a fojas 6 de los anexos en el que gracias a un colaborador se conoce que Alex Cedeño Molina estaría residiendo en la parroquia mata de cacao del cantón Babahoyo, ante lo cual se requiere que equipos de inteligencia hagan un barrido del sector para localizar a dicho ciudadano quien sería testigo clave para el caso independencia;

30. Documento a fojas 7 de los anexos en el que según testigos presenciales se conoce que Alex Cedeño Molina sería el causante del hecho de sangre ocurrido el 24 de junio del 2012, en la parroquia San Juan del cantón Pueblo Viejo cuando se llevaba a cabo una pelea de gallos en la gallera pico de oro, ratificando lo que dijo el general Bolaños, el coronel Byron Fernández posee los documentos del suceso, los mismos que deberían ser custodiados en virtud de que el testigo del caso independencia con sus guardaespaldas estarían vinculados en el asesinato del señor Claudio Marco Cortez ocurrido en la gallera mencionada;

31. Documento a fojas 8 de los anexos a través de una fuente humana se conoce que Alex Cedeño Molina sería el causante del hecho de sangre suscitado en San Juan del cantón Pueblo Viejo, cuando se llevaba a cabo una pelea de gallos se ha escuchado detonaciones de arma de fuego y la policía lo detiene inmediatamente con sus guardaespaldas para las investigaciones del caso, la fuente humana manifiesta que el arma utilizada en este crimen pertenece a Alex Cedeño Molina, en la parte final de los documentos desclasificados sin número consta un informe ejecutivo elevado al señor Director Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones de 25 de junio del 2012, en el que se relatan o incluyen la relación de los hechos del caso gallera pico de oro, y en el que se encuentra al ciudadano Alex Cedeño Molina con una arma de fuego, y entre otras cosas con un celular y 54 billetes de 20 dólares y 2 de 10 dólares, esto para corroborar el testimonio del general Lenin Bolaños.

32. Documento a fojas 9 de los anexos en el que se conoce que el coronel Byron Fernández, jefe de la P J de Babahoyo se niega a entregar la documentación referente al asesinato suscitado en la gallera pico de oro, lo cual pone en riesgo la operación independencia ya que Alex Cedeño en los próximos días tiene que declarar en el referido caso; documento que consta a fs. 2 de los documentos desclasificados, se pone de manifiesto que a través de información reservada se comprobó que efectivamente existe un vínculo sentimental entre la señora Geomar Carolina Llanos y Galo Lara Yépez, esta situación predispone a una intervención por parte de la policía, y el nexo sentimental entre Geomar Carolina Llanos y Galo Lara Yépez puede ser vinculante en el caso independencia;

33. Documento a fojas 1 de los documentos desclasificados se ha llegado a conocer por fuente humana que Carolina Llanos romero sería la pareja sentimental del asambleísta por Sociedad Patriótica Galo Lara, demostrándose la persecución que había en ese entonces, y que los sucesos de Quinsaloma están siendo atribuido a Carolina Llanos, quien es familiar de los occisos Darwin Romero Pinos y Carlos Humberto Llanos Abendaño estos los documentos a los que ha hecho referencia y que constan en copias certificadas.

34. Copias certificadas del proceso 0352012 del Juzgado Multicompetente de Los Ríos, por el delito de asesinato en el que fueron procesados Alex Cedeño Molina, y en principio privado de la libertad en audiencia de formulación de cargos, con la razón de que la causa se encuentra archivada;

35. Copias certificadas de las facturas del Omni Hospital en la que se detalla que se pagó por los servicios del hospital, el primero de fecha 4 de agosto del 2011 por un valor de 1.372,79, y 117,54 dólares, un certificado médico del 4 de agosto, el mismo día de los hechos, este certificado se refriere a que fue Carolina Llanos Romero intervenida de cesárea el 2 de agosto del 2011, se obtuvieron productos gemelares masculino y femenino y fue dada de alta en 48 horas;

36. Certificado de 15 de febrero del 2012, suscrito por Sandra Vanegas Pluas en el que dice que el alta

hospitalaria fue el 4 de agosto del 2011, adjunto se encuentra lo referente que el alta se dio en horas de la tarde con la historia clínica de la señora Carolina Llanos Romero.
37. Copias certificadas de las Partidas de nacimiento de Lara Llanos Mariasol Karolina y Lara Llanos Galo Matías.
38. Copia certificada del informe final de la Mesa por la Verdad y la Justicia Perseguidos Políticos Nunca Más, que tiene el aval académico del IAEN y por el Consejo de la Judicatura de Transición, en el que en la parte final del mismo se hace mención el caso de Tito Galo Lara Yépez, caso Quinsaloma, en el que se indica que se encuentra en Corte Nacional y se han actuado pruebas ilícitas o ilegales, testimonios referenciales no presenciales y que se forjaron indicios para la incriminación y dice se lo vincula a un proceso de la señora Carolina Llanos por un triple asesinato mencionando que el gobierno lo hizo por ser un opositor en primera instancia no pudieron condenarle, pero en apelación lo condenaron como cómplice, forjando pruebas.
39. Revista Vanguardia, reportaje el 30 de abril del 2012, donde se encuentra un artículo Lara Correa, el parte de guerra: Galo Chriboga vinculó a Galo Lara en el caso Quinsaloma, el Asambleísta criticó la consistencia legal de los indicios presentados para involucrarlo un teléfono celular y un video de catorce segundos, y en el mismo reportaje o nota o artículo de prensa se indica el mismo video, y dice un video en Youtube de catorce segundos con incompatibilidad entre el audio y el lipsin es un indicio claro para la fiscalía, el video que tastas veces se ha hablado, se refiere también el artículo que existen informes en los que oficiales dan cuenta del embarazo de Carolina Llanos en el momento de su detención, y del aborto provocado por algunas internas en el Centro de Rehabilitación Social, se adjunta también una fotografía en la que se divisa y dice el texto están aquí hombres de confianza de Rafael Correa como Rommy Vallejo ex SENAIN, están al frente de la Unidad de Gestión de Seguridad Interna, Galo Lara indaga la forma como se está manejando la cuenta de gastos especiales, este es el motivo de armar y de fraguar pruebas,;
40. Notas de prensa de periódicos tanto en copias certificadas, como el documento original de la nota de prensa, primer documento Diario La Hora Los Ríos, 27 de enero del 2012, la nueva cara del caso Llanos Parco sale a la luz; siguiente artículo de prensa Diario Extra de Guayaquil 27 de enero del año 2012, Carolina no contrató a nadie dice el texto del artículo; nota del Diario el Universo del 4 de junio del 2012, Carolina Llanos acusa al Ministro Serrano y fiscal Chiriboga de persecución; Diario Extra de 10 de febrero del 2012, supuestos sicarios son testigos protegidos; nota del Diario El Universo del 29 de abril del 2012, un triple crimen que tiene el seguimiento especial del gobierno; Diario la Hora 30 de enero del 2012, padres de Llanos temen por la vida de sus nietos; certificación de documentos materializados de la página web No. 20211701019C02397 en el que se detalla las dos masacres de Quinsaloma de Emilio Palacios, y en el que se hace referencia a la teoría del caso que fue emitida por fiscalía de la existencia casi consecutiva de dos crímenes de sangre cometidos en Quinsaloma, y que están conectados y que se debió a una venganza familiar; certificación de los documentos que se ha ingresado de la página web, certificadas por el Diario El Universo;
41. Informe médico otorgado el 16 de septiembre del 2021 por Alfonso Paredes Yule, médico gineco-obstetra; nota de prensa de 27 de enero del 2012, indica que por 350 dólares se mató a familia; nota de prensa de Diario La Hora de 7 de enero del 2012 que indica que joven fue quemado en casa, haciendo referencia al primer asesinato ocurrido en Quinsaloma;
42. Copias certificadas del denominado informe sobre situación de privación de libertad de Tito Galo Lara, Gilbert Llanos Romero y Carolina Llanos Romero, dictado por la Defensoría del Pueblo, por su Director General Jarol Burbano Villarreal.

b. Fundamentación del recurso de revisión propuesto por la sentenciada Geomar Carolina Llanos Romero, por parte de su abogado defensor

43. En su argumentación la defensa de la recurrente señala que la sentencia de Gilbert Llanos de 26 de junio del 2020, las 11h40, la Corte Nacional de Justicia eliminó el vínculo entre Carolina Llanos, y los hechos ocurridos el 4 de agosto en Quinsaloma, porque se constató la inexistencia del nexo causal y de culpabilidad del señor Gilbert Llanos, hermano de Carolina, ratificando su estado constitucional de inocencia, quien según Fiscalía y el Tribunal, sirvió de medio para pagar a los autores materiales de la infracción, y al no haberse probado en indicios sino en presunciones su participación, por lógica no se puede atribuir responsabilidad penal a Carolina Llanos, con lo que se cae la teoría del caso con la que se condenó a Carolina Llanos.

44. Si la teoría del caso ha sido siempre que pagó a través de un tercero que era su hermano, a los autores del crimen, y esta tercera persona que es su hermano jurídicamente es excluido del caso, no se puede demostrar ese pago, es decir, existe una incongruencia clara entre sentencias, el eslabón final con el que Fiscalía demostraba su caso se rompió, y es aquí por tanto que se demuestra a cabalidad el cumplimiento del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a que Carolina Llanos no sería responsable del cometimiento de la infracción.

45. Refiere que con el testimonio del señor Fernando Balda se demostró que estuvo privado de su libertad en el año 2012, y que Juan Manuel Veliz le dijo personalmente que tanto Galo Lara, como Carolina Llanos no habían participado en el crimen, y que fue obligado a realizar un video en el que incriminaba a Carolina Llanos, lo que a su criterio se relaciona con los recortes y notas de prensa presentadas.

46. Asegura que tanto Veliz como el señor Rodríguez Lavayen, autores material de los dos delitos de sangre de Quinsaloma excluyen de la participación del delito a Carolina Llanos, y que con los testimonios de Galud Elizabet Llanos Romero y Graciela Isabel Erazo Mora se demostró que tanto Carolina, como su hermano Gilbert estuvieron en la ciudad de Guayaquil desde finales de julio del año 2011, hasta el 28 de agosto del 2011, debido a que presentaba un problema en su embarazo gemelar, y que los días 3, 4 y 5 de agosto del 2011, no se encontraban en Quinsaloma, y ni siquiera en su lugar de residencia habitual que era San Carlos, se probó que Carolina Llanos se internó en el Omni Hospital de Guayaquil, y que se cancelaron los valores a la clínica, no se usó por lo tanto dinero para pagar terceras personas sino a los médicos y la clínica.

47. Mantiene que con los documentos de la SENAIN, se desclasificó información que era reservada del señor Galo Lara, y el denominado operativo independencia que tenía como blanco a Galo Lara y a su familia, que el gobierno conocía que el video en el que se incrimina a Carolina Llanos fue realizado por la policía, por personal de la UIAD, que la SENAIN denotó e investigó que existían antecedentes de enemistad entre Alex Cedeño Molina y Galo Lara Yépez desde los años 90, y se gestionó sin embargo de manera urgente su localización para participar en la operación independencia y para que pueda ser un testigo clave y testificar en su contra.

48. Señala que el testimonio de Alex Cedeño, en concordancia con el testimonio del general Lenin Bolaños sería el causante del denominado gallera pico de oro, y de la muerte del señor Claudio Cortez, y que se lo quiera utilizar como testigo por su enemistad con Galo Lara, además que el arma utilizada en ese crimen le pertenece al señor Alex Cedeño. Añade que la SENAIN investigó ilegal e inconstitucionalmente la vida privada de Carolina Llanos y Galo Lara, y que al enterarse de su relación sentimental llegaron a la conclusión de que esta era determinante para el caso independencia.

49. Refiere que en el proceso 0352012, se concluye que Alex Cedeño fue procesado y que la causa fue archivada, y asegura que con la facturas del Omni Hospital se demostró el pago a dicha casa de salud, y que Carolina Llanos fue dada de alta con sus mellizos aun en termo cunas el 4 de agosto del 2011, en horas de la tarde, el mismo día de los hechos.

50. Señala que con el informe de la Mesa por la Verdad y la Justicia Perseguidos Políticos Nunca Más se demuestra que coincide el IAEN en que existe en este caso pruebas ilícitas e ilegales, que se basó todo el caso en pruebas y testimonios referenciales, no presenciales, que se forjaron indicios para la incriminación.

51. Manifiesta que con el informe de la Defensoría del Pueblo se constató la violación de los derechos humanos a Carolina Llanos en su paso por el Centro de Rehabilitación Social en el que abortó a una criatura por el maltrato sufrido por las reclusas del centro, ahora son estos elementos suficientes para modificar la sentencia.

52. Refiere que Carolina Llanos fue condenada exclusivamente con testimonios referenciales, todas las personas que rindieron testimonio en las dos sentencias no refieren ninguna de manera directa que haya matado o que haya mandado a matar, sino que se tenía un supuesto vínculo sentimental con la víctima, que existían amenazas, que nunca fueron identificadas ni en espacio, ni en tiempo, y todo esto referido por familiares cercanos a las víctima, o presuntos amigos de la víctima, incluido el testigo protegido, incluido el testigo forjado, el señor Alex Cedeño, esto se encuentra tanto en los puntos 4.5, como en el considerando noveno numeral 7 de las sentencias tanto de primer nivel, como de apelación, en el que con la sola lectura no se llega a quebrantar la presunción de inocencia.

53. Anuncia que en base a esta prueba mal denominada indiciaria no se puede condenar a una persona así, y pide que se analice la intromisión

del Estado a través de su área de inteligencia para perseguir a civiles y a políticos, se tiene con el informe de la ex SENAIN prueba fehaciente de que el Estado utilizaba fondos públicos para perseguir a políticos y a civiles, existen indicios claros, varios, precisos, directos, unívocos de que el Estado conocía que se forjaron videos, y que se forjaron testigos para este caso en particular.

54. Solicita se acepte el recurso por cuanto de conformidad con el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal por cuanto Carolina Llanos no es responsable de la comisión del delito, y se modifique la sentencia con los hechos nuevos traídos a colación, ratificando el estado constitucional de inocencia de Geomar Carolina Llanos Romero.

c. Contestación del recurso de revisión por parte del delegado de Fiscalía General del Estado

55. Para responder los planteamientos formulados por la defensa de la recurrente sobre la base del Art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, realiza una reseña del caso en el que señala que los ciudadanos José Veliz Sánchez, Carlos Alfredo Guaray Vargas, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez Franco, fueron acusados como autores materiales del delito del triple asesinato, y Carolina Llanos Romero y Tito Galo Lara Yépez fueron llamados a juicio como autores intelectuales, al respecto menciona que este tipo de autor es la persona que recomienda, aconseja, y en este caso se procedió por convenio o remuneración de pago, promesa de pago, el autor intelectual no está presente en el lugar en donde se comete el delito, sino es la persona que con anterioridad hace este tipo de proposiciones, ofrecimientos para que se cometa este delito.

56. Para Fiscalía la participación de la señora Geomar Carolina Llanos Romero se encuentra plenamente establecida, con el testimonio del policía Klever Ramírez Pazmiño quien manifestó que hace meses escuchó las amenazas de la señora Carolina Llanos en contra de su primo Carlos Llanos, por cuanto se le involucraba en la muerte de Darwin Romero.

57. Con el testimonio del policía Patricio Ron quien manifestó que Juan Rodríguez al momento de su detención comentó que la chica involucrada Carolina Llanos le iba a ayudar en su defensa, se tiene también que Flavio Llanos Zambrano afirma que Carolina fue amante, pero que le asediaba y amenazaba a Carlos Llanos. En su testimonio Bolívar Alberto López Santana manifiesta que Ángel Veliz, padre de Manuel Veliz Sánchez le manifestó que por este triple asesinato se iba a pagar 30 mil dólares, 5 mil dólares como anticipo, y 25 mil cumplidos el trabajo, y que el trabajo fue ordenado por la señora Carolina Llanos

58. Del testimonio de Olga Clemencia Abendaño Delgado, madre de Carlos Llanos se confirma la relación amorosa, y también que le asediaba, le acosaba y le amenazaba, más importante el testimonio del perito Milton Jiménez Cueva, quien realizó la experticia de identidad humana y cotejamiento fisionómico, y luego de descargar el video de la dirección electrónica de Youtube, concluye que el triple asesinato que participó y se presentan rasgos morfológicos de José Veliz Sánchez, uno de los sentenciados en este proceso, cotejamiento de voces presentado por el perito sargento Robayo Lata, patrones fonéticos similares a los de José Veliz, el que manifiesta que quien mandó a matar a la familia Llanos Parco fue Carolina Llanos, y que fue quien ejecutó también este asesinato Carlos Guaray, a quien se ofreció dinero.

59. Se tiene el testimonio de María Isabel Llanos Parco, hija de Carlos Llanos y su cónyuge, quien manifiesta las relaciones de su padre y la amenazas que recibía de parte de Carolina Llanos, informe del perito Edgar Díaz Eras, experticia practicada sobre los teléfonos incautados a Carolina Llanos, existen relaciones de llamadas telefónicas entre Carolina Llanos y José Manuel Véliz Sánchez, se confirma su participación con lo manifestado por José Véliz Sánchez, quien cuando fue detenido manifestó que se han cumplido las amenazas de Carolina Llanos.

60. Fiscalía hace referencia al testimonio del sargento de policía Ernesto Aguilar, quien manifestó que ella ofertó pagar a los señores Rodríguez y Garay para que cometan el delito de asesinato en contra de Carlos Llanos y su familia; y al testimonio de María Elena Espinoza Cisneros, quien reconoció su firma en varios depósitos existentes a la cuenta de Carolina Llanos, desde enero hasta el mes de agosto del 2011, depósitos, transferencias que se efectuaban a su favor por parte del señor Galo Lara.

61. Refiere que se tiene también que Carolina Llanos ha llamado al celular de Flavio Llanos Zambrano, hermano de Carlos indicando cómo sucedieron los hechos en Quinsaloma el 4 de agosto del 2011, y el propio testimonio de Carolina Llanos que reconoció haber tenido problemas con Silvia Parco, incluso se habían golpeado, tuvieron una

pelea, y le había amenazado a la occisa, que coincide con el testimonio de la menor hija de Carlos, Flavio Llanos, también coincide con los otros testimonios que constan del proceso.

62. En cuanto a la prueba presentada, manifiesta que el testimonio del señor Fernando Balda, pues él se ha referido más a su estatus personal del problema que tuvo cuando fue perseguido y detenido, ha manifestado que escuchó un comentario que le decía José Véliz, este no pasa de ser un mero comentario, y además manifestó que había ofrecimiento de dinero, al resto de procesados no los conoce, no conoce de los hechos principales respecto al triple asesinato, en cuya virtud Fiscalía en cuanto no se refiere a la parte principal, a los hechos principales del cometimiento del delito, solicita que este testimonio sea desestimado.

63. Sobre el testimonio rendido por el coronel Lenin Bolaños, no conocía de los antecedentes del cometimiento de este delito, él conoció posteriormente ya cuando se efectuaron todas las investigaciones, los informes de la Policía Nacional, y se refiere a otros actos cometidos en Babahoyo, Vinces Portoviejo, de la gallera, se ha referido al señor Cedeño, un juicio a parte que no tiene relación a los hechos cometidos en Qinsaloma, pues él no participó en ningún acto investigativo ni posterior a la detención de los procesados, ha manifestado del testigo protegido que es posterior a los hechos principales, por tanto también solicita que este testimonio sea desestimado.

64. En cuanto al tercer testimonio de Galud Llanos Romero, es hermana de la señora Carolina Llanos, sin embargo ha manifestado varias circunstancias respecto a hechos de embarazo, alumbramiento, el internamiento en el hospital, tampoco refiere a los hechos principales, cuanto más solicita que sea desestimado por cuanto no es un testigo idóneo, pues se trata de la hermana, es parcializado su testimonio, por tanto también solicita que se desestime este testimonio

65. Del testimonio rendido por la señora Graciela Erazo, también resulta ser cónyuge del hermano de la señora Carolina Llanos, no conoce tampoco sobre los hechos principales sino los hechos de internamiento de su cuñada, los actos, el alumbramiento, y por tratarse de la cuñada, esposa del cónyuge de la procesada Carolina Llanos también Fiscalía considera que se trata de un testimonio no idóneo, es parcializado, además manifestó que existía una relación íntima de familia, en conclusión respecto a la prueba que se ha traído y presentado en audiencia no ha destruido la prueba que fue practicada, analizada, judicializada dentro del juicio del juez Aquo, y por tanto considera que la prueba sea desestimada

66. Sobre la prueba documental dicha prueba Fiscalía considera y solicita que se tome en cuenta que no es una prueba nueva, esta prueba ya existe en el proceso, fue analizada, valorada en el caso del señor Galo Lara, es decir no se cumple con el requerimiento de numeral 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, se ha manifestado del caso independencia, documentos desclasificados, igualmente esos documentos ya fueron analizados, valorados para resolver el recurso presentado por el señor Galo Lara.

67. En cuanto a la gallera pico de oro, del señor Alex Cedeño y otros casos que no corresponden a los hechos, y a la culpabilidad de la señora Carolina Llanos, esto tratándose del oficio No. ECIND AT201801900 de primero de octubre del 2018 y los anexos, no corresponden exclusivamente a los hechos, respecto a la culpabilidad de la señora Carolina Llanos sino al señor Galo Lara, respecto a las facturas del Omni hospital, como se ha manifestado no se encuentran centrados en los hechos principales del delito de asesinato, no se encuentran reconocidos, no es un documento legal público, se tratan de certificaciones, certificado de embarazo de la señora Carolina Llanos.

68. Para Fiscalía considera que se refiera a los hechos principales, parto cesárea, historia clínica, por lo tanto solicita que se desestimen, respecto al proceso 1233220142382 que refiere al asesinato de un delito perseguido en contra de Alex Vicente Cedeño Molina, Fernando Meza, también solicita que se desestime por ser otros hechos, en contra de otra persona que no corresponde al caso Quinsaloma, notas de prensa, no tienen firmas de responsabilidad, no han comparecido a esta audiencia las personas que publicaron estas notas de prensa, Fiscalía considera que no tienen valor legal, en cuya virtud respecto a la prueba documental presentada solicita que se considere como hechos no probados.

69. En su intervención, Fiscalía asegura que el recurso de revisión no ha destruido la prueba que fue considerada por el juez Aquo, pues no se ha demostrado que la condenada Carolina Llanos no sea responsable, no se ha justificado la causal 4, demostrando el error de hecho de la sentencia impugnada, la nueva prueba no cumple con los 3 elementos que requiere, esto es no se ha cumplido con probar el hecho, derecho y consecuencia

jurídica violentada por parte del juez Aquo, tampoco se considera que la prueba sea oportuna y que marque la diferencia con la actuada en la instancia inferior, por lo que solicita que se declare como prueba ineficaz y se declare improcedente el recurso de revisión planteado por la señora Carolina Llanos Romero, debiendo confirmarse la sentencia condenatoria dictada en su contra.

d. Contestación por parte de la defensa de las señoras Clemencia Olga Abendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde, acusadoras particulares

70. La defensa de la acusación particular señala que el recurso de revisión abre un debate probatorio, y que en cuanto al testimonio del señor Fernando Balda, dijo una serie de hechos que debieron ser dichos por la propia persona que indicó eso, más no decir que escuchó decirlo, lo lamentable es que no conoce nada sobre las personas que fueron sentenciadas, es decir quien participó en el crimen, no supo ni cuando, ni como se hizo el video que circula en redes, en cuanto al testimonio del coronel de policía dijo que había dado lectura de todo el expediente, y que por ello sabía que Alex Cedeño era testigo protegido, más sin embargo cuando se le preguntó si conoce a los señores Guaray, Martínez, Rodríguez, jamás pudo decir que los conoce, incluso no sabe quiénes murieron que son Carlos Llanos y Silvia Parco

71. En cuanto al testimonio de la señora Galud Llanos Romero dijo que no le permitieron comparecer a rendir testimonio, entonces cómo ahora puede declarar, además declaró de actos de terror, respecto al padre y al internamiento de Carolina Llanos dijo que el cheque que cobró su marido para pagar en la clínica Omni Hospital, sin conocer que dentro de esta causa, se obtuvo una factura del mismo hospital que tenía costo cero, y que era cortesía al señor Galo Lara, es decir es una testigo que claramente falta a la verdad, en cuanto al testimonio de la señora Graciela Erazo Mora, solo se limitó a decir que el marido es inocente.

72. En cuanto a la prueba documental en el punto 3.1.1 respecto al oficio mencionado, donde el coronel Carlos Maldonado desclasifica los archivos, conforme a lo establecido en la Constitución de la República 76.7 literal j, debió ser el coronel Carlos Maldonado quien acuda a la audiencia y responda a las preguntas, más sin embargo no se lo ha hecho, en cuanto al 3.1.2 y 3.1.3 en las factura No. 0010010024597 del Omni Hospital a nombre de Geomar Carolina Llanos de fecha 4 de agosto del 2011 por el valor de 1362 dólares, factura No. 0010010024598 del Omni Hospital a nombre de Geomar Carolina Llanos de fecha 4 de agosto del 2011, por el valor de 117,94 dólares, esta prueba constituye fraude procesal puesto que se presentó como prueba donde dice que el costo fue cero, y fue cortesía al señor Galo Lara.

73. En cuanto al certificado emitido por el doctor Alfonso Paredes Yule, ginecólogo obstetra de fecha 11 de febrero del 2012 en el que consta que Carolina Llanos fue intervenida por embarazo gemelar, igual que el otro certificado emitido por la ingeniera Sandra Vanegas Plúas, ese hecho nunca se ha negado que la señora Llanos estuviera hospitalizada, eso no es tema de controversia, es decir que es prueba impertinente.

74. En relación a las copias certificadas del proceso No. 1233220142382 de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Pueblo Viejo, que por el asesinato del señor Cortez se sigue en contra de Alex Cedeño Molina, Arturo Ortega y Fernando Meza, es impertinente porque nada tiene que ver con el proceso, recordemos que en materia penal todos los delitos son individualizados, en cuanto a la copia certificada de la sentencia respecto al recurso de casación presentado por el señor Gilbert Gualberto Llanos Romero en la causa No. 17221-20120338, los mismos testigos indicaron que Gilbert Llanos si cobró el cheque, que fue para pagar la clínica, se pregunta si el valor fue cero.

75. Sobre las revistas y recortes de periódicos, son comentarios públicos, incluso se mencionan a los denominados juicios paralelos y solicita no sean tomados en cuenta por el Tribunal.

76. Solicita se declare improcedente el recurso de revisión por cuanto y en tanto lo trascendental de este recurso constituyen nuevos elementos de prueba aportados por el recurrente, cosa que no ha sucedido en el presente caso.

e. Intervención por parte del defensor público en representación de los sentenciados no recurrentes.

77. Indica que ha asistido para velar por los derechos de los sujetos procesales, se ha escuchado y se ha nombrado en varias ocasiones al señor Véliz y al señor Cedeño, sin embargo la situación jurídica de ellos han sido sentenciados y su participación en el presente delito no ha sido afectados sus derechos, como tampoco se considera que se han afectado los derechos de los demás sentenciados, por lo tanto nada tiene que alegar a su favor ni contradecir, no han sido afectados sus derechos.

f. Réplica

78. Respecto de lo indicado por Fiscalía indica que toda la prueba actuada en la audiencia es nueva, no fue actuada en la audiencia de juzgamiento, que los documentos de la ex SENAIN se desclasificaron en el año 2018, y la audiencia de juicio data del año 2013, cómo puede ser posible que se hayan utilizado esos documentos del caso independencia, respecto a que se debe reformar la sentencia del Aquo, y el por qué se pide se analicen otras sentencias referentes al caso, lo que se ha solicitado es que se reforme la sentencia del Aquo sobre todo en el punto 4.5 de la sentencia de enero del 2013, y que fuera ratificada en el recurso de apelación.

79. Insiste en que se analice la sentencia de Gilbert Llanos porque es prueba nueva, más aún cuando la sentencia de apelación se dictó después de que Carolina Llanos tenga una sentencia ejecutoriada, Fiscalía ha explicado nuevamente toda la existencia de testigos referenciales, pero ninguno lo hace de forma directa, no hay ningún testigo directo, inclusive el análisis que se realizó a un celular se realizó 15 días después de los eventos, respecto de que no tiene valor lo indicado por Fernando Balda o Lenin Bolaños.

80. Refiere que en el contenido de toda la sentencia se ha condenado solamente por hechos que no son principales, y respecto de los alegatos de que no debería considerarse el testimonio de Galud Llanos, ni de Graciela Erazo porque son familiares por no ser idóneos, bajo ese criterio debía excluirse el 70% de los testimonios que se rindieron en la audiencia de juicio, y que corresponden a familiares y amigos íntimos de la víctima.

81. En lo que respecta a los documentos de la SENAIN, los documentos de la gallera pico de oro guardan relación interesante y muy importante para la presente teoría del caso, y se basa en la existencia del señor Alex Cedeño, testigo protegido exclusivamente para el caso de Galo Lara y Carolina Llanos, en un caso en el que sabía el Estado que era responsable porque dice que era su arma, y dice y que es el presunto autor de esos delitos, y que misteriosamente viene a ser prioridad que también rinda versión en el presente caso por ser su enemigo manifiesto, ese es un hecho nuevo, respecto de que no tiene firma de responsabilidad.

82. Sostiene que todos los documentos presentados son originales o copias debidamente certificadas por notario, y todas tienen una firma de responsabilidad de la misma imprenta, respecto de la acusación particular de que tenía que rendir testimonio el señor Veliz, él se acogió al derecho de silencio, de ahí la importancia de Fernando Balda de que escuchó lo que dijo, y por tanto no es referencial.

83. Reitera que han sido condenados exclusivamente en base a testimonios referenciales, y que ahora declaran las señoras Galud y Graciela Erazo porque en su momento el abogado le indicó que no rinda el testimonio.

84. En cuanto a la prueba documental de la SENAIN que tenía que comparecer el señor Carlos Maldonado, se trata de documentos públicos y por tanto no se tiene que venir a acreditar la existencia de dichos documentos. Sobre los artículos de los diarios, y los juicios paralelos no deben ser considerados, no sabe a qué juicios paralelos se refiere, si se refiere a aquellos de la Unidad Judicial de Los Ríos, guardan relación a la existencia de Alex Cedeño, y como testigo protegido en el caso de Galo Lara y Carolina Llanos, o de referirse al juicio de Galup Llanos es exactamente el mismo juicio en el que está inmerso Carolina Llanos, con lo cual reitera en su petición inicial.

VII. Consideraciones del Tribunal de Revisión

a. Reflexiones sobre el recurso de revisión.

85. En nuestro ordenamiento jurídico penal el recurso de revisión es previsto como un mecanismo extraordinario, se diferencia de los ordinarios debido a que puede interponerse únicamente por motivo específicamente determinados en la ley.

86. Autores como Alcala Zamora los define a los recursos extraordinarios como " remedios legales mediante los cuales la persona afectada por una decisión judicial puede impugnarla como equivocada" esta impugnación permite reflexionar jurídicamente sobre un proceso judicial concluido con el que mediante la verificación de un error de hecho se subsana una injusticia cometida con la dictación de un fallo que lo corrija.

87. En cuanto al recurso de revisión la Corte Constitucional ha reseñado en la Sentencia N.° 288 15SEPCC Caso N.° 001312EP, acotó que:

"… el recurso de revisión constituye un recurso especial y extraordinario que tiene por finalidad la revisión de la sentencia considerada injusta, cuando se descubre con perfecta evidencia que la sentencia impugnada ha sido dictada por un error de hecho, "...la revisión trata de subsanar errores que por la falibilidad humana pueden cometerse en perjuicio de los derechos de la libertad y de la inocencia de quien ha sido erróneamente perseguido y condenado".

88. Del concepto anotado se disgregan las siguientes características: i) es extraordinario: porque se somete a las exigencias previstas en la norma jurídica, esto es, al cumplimiento taxativo de los parámetro fijados para las causales; ii) unilateral: nuestra legislación contempla la revisión únicamente de las sentencias que declaran la culpabilidad, bajo la prerrogativa de evitar que el poder coercitivo estatal se convierta en una persecución permanente; iii) cosa juzgada: como parte del principio constitucional de seguridad jurídica, la res iudicata otorga un carácter preclusivo, a aquello que ya obtuvo una decisión de fondo sobre el mismo objeto materia de juicio, que se reviste tanto de la certeza del derecho aplicado, así como de irrevocabilidad de la decisión tomada; iv) error judicial: debido a la responsabilidad estatal que implicaría anular una sentencia firme, el error que se exponga como proposición jurídica del recurso, debe sustentarse en hechos que recojan una realidad alterna descubierta después de la dictación del fallo.

89. Con la interposición de este recurso el impugnante busca probar la existencia de una verdad procesal distinta a la sentenciada, pero su interposición debe regirse a fortiori a los principios de taxatividad, trascendencia y autonomía, en la que el proponente se exige interponer el recurso por una de las causales previstas en la ley, sobre hechos y medios de prueba suficientes; mientras, el juzgador se obliga, sobre la base del principio de limitación a resolver únicamente de acuerdo a lo planteado por el recurrente.

b. Caso cuarto de revisión. Proyección probatoria.

90. Conforme consta en el escrito de interposición y acorde a lo que fue establecido en la audiencia de sustentación del recurso, la defensa de la recurrente señora Geomar Carolina Llanos Romero, estructuró su propuesta revisionista sobre la base del caso contenido en el numeral cuarto del artículo 360 del CPP relativo a la responsabilidad penal de la condenada.

91. Este caso específico consiste en la demostración de hecho nuevos que modifican lo declarado como probado para establecer la responsabilidad penal del condenado, esta inserción de hechos se logra mediante la acreditación de prueba nueva que insertada en el análisis probatorio, y permite emitir una resolución diversa de la que revestía de cosa juzgada.

92. Para poder iniciar el estudio del caso revisionista tenemos que, aceptada la materialidad de la infracción por parte de la defensa de la recurrente se discute la responsabilidad penal atribuida. Así, para poder delimitar el escenario de discusión se debe identificar en primer plano los razonamientos mediante los cuales el Tribunal de Apelación de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia determinó la participación de la señora Geomar Carolina Llanos Romero como autora intelectual en el delito de asesinato.

93. La causal cuarta del artículo 360 del CPP, a más de llevar al Tribunal de Revisión a una nueva valoración de medios probatorios, que permitan acreditar un yerro fáctico en la sentencia de condena, permite que los jueces revisionistas establezcan una nueva realidad histórica de los hechos, que no solo puede restituir el estado de inocencia de quien fuere injustamente condenado, sino que permite determinar que una injusticia no puede ser tolerada menos por el sistema penal, que busca limitar el poner punitivo del Estado, a casos en los cuales se haya destruido con pruebas válidas y suficientes el estado de inocencia.

94. Ahora bien, la prueba ex novo, va a probar hechos que no se conocieron o se descubrieron posterior a la sentencia de condena, no obstante, el yerro fáctico en la sentencia puede devenir de algunos factores externos o internos, sean estos por una mala defensa técnica del sentenciado que no acopió los medios probatorios necesarios para ser valorados en la etapa de juicio, o por que en su momento desconocía de ellos, o en su defecto porque los juzgadores no tuvieron la oportunidad en su momento de valorar un hecho que no fue introducido por ninguna de las partes, cualesquiera que sea la razón fáctica que llevó a una condena injusta, el recurso de revisión busca establecer por medio de un nuevo caudal probatorio la verdadera realidad fáctica de los hechos, no con esto se desampara a la víctima, pues, el conocimiento de la verdad es un derecho constitucional consagrado en el artículo 78 de la CRE, por lo que al contrario de tal postulado el recurso de revisión restablece la verdad y subsana la injusticia.

c. Apreciaciones probatorias del Tribunal de apelación de la Corte Nacional de Justicia para determinar la participación de la ciudadana Carolina Llanos Romero

95. En este punto debe dejarse claro que únicamente se someten a debate los razonamientos esgrimidos para determinar la responsabilidad penal de la procesada Geomar Carolina Llanos Romero, por lo que se descartan las apreciaciones sobre

medios probatorios diversos a los fijados en líneas ut infra.

96. El Tribunal de apelación que ratificó la condena de la ahora recurrente señaló que mediante la prueba aportada por Fiscalía General del Estado y a la prueba de descargo concluye que entre Geomar Carolina Llanos Romero y las víctimas señores Carlos Humberto Llanos Avendaño y Silvia Alexandra Parco Valverde existió una relación familiar conflictiva de agresiones verbales y físicas, los cuales determina con los testimonios del policía Klever Bladimir Ramírez Pazmiño, Flavio Augusto Llanos Zambrano, Libia Luzmila Parco Valverde y María Isabel Llanos Parco.

97. Como siguiente conclusión la Sala señala probada la existencia de amenazas de muerte proferidas por parte de la sentenciada Geomar Carolina Llanos a las víctimas del Crimen lo que considera probadas con los testimonios de Klever Romero Barragán, María Loor Vera y Alex Vicente Cedeño Molina, pues aquellos fueron informados por el señor Carlos Humberto Llanos de estas amenazas que había recibido por parte de la prenombrada.

98. Como hecho cierto de la participación de la sentenciada el Tribunal establece que el financiamiento del asesinato es realizado por Carolina Llanos Romero, a través de las versiones de los señores Ernesto Aguilar y Bolívar López Santana.

99. Además, asegura que existe relación con los autores materiales del hecho tomando en consideración el testimonio de Milton Patricio Romo Villacís quien en su declaración manifestó haber escuchado en el momento de la detención del señor Juan Fernando Rodríguez Lavayen que la chica involucrada en el crimen iba a ayudarlo.

100. Posteriormente y aunque el Tribunal de apelación no lo desarrolla en el apartado en el que declarada probada su responsabilidad penal, la Sala de apelación estima probado que el homicidio de la familia Llanos Parco se habría hecho mediando promesa de pago, y que ha ofrecido pagar ha sido Carolina Llanos según se desprende de la versión del Sargento Ernesto Aguilar Macías, y que ya se había pagado 5.000 dólares de un total de 30.000 a los autores materiales del asesinato según la versión de Bolívar López Santana, y que quien pagaba ese dinero era Carolina Llanos. Aquello lo relaciona con que " existen cheques girados por el acusado y cobrados por Gilbert Gualberto Llanos Romero, uno por 3.500 dólares cobrado el día 4 de agosto de 2011, y otro por 5.000 dólares cobrado el 05 de agosto de 2011, sin que tampoco se haya podido justificar el destino de esos dineros,

101. Sobre la base de estos hechos declarados como probados se dictó una sentencia de condena en contra de la señora Geomar Carolina Llanos Romero como autora intelectual del delito de asesinato tipificado en el artículo 450. 1.2.4 y 5 del Código Penal imponiéndole la pena de veinte años.

d. Exposición de hechos nuevos por parte de la defensa de la recurrente.

102. Para rebatir los hechos que se declararon en su momento probados, el recurrente establece tres escenarios fácticos nuevos en las hipótesis con las que busca sustentar la causal cuarta del artículo 360 del CPP que describimos y contestamos en los siguientes apartados.

d.1. Pretensión 1: La ubicación física de la sentenciada.

103. El primer hecho que somete a comprobación ante este Tribunal de Revisión es la ubicación física de la sentenciada el día en el que acaecieron los hechos, pues sostienen que la sentenciada había sido intervenida quirúrgicamente producto de un parto gemelar, en la ciudad de Guayaquil en el OMNI HOSPITAL, debiendo tener en referencia que los hechos se suscitaron en el cantón Quinsaloma, provincia de Los Ríos.

104. Para demostrar aquello se presentan copias fotostáticas de varios documentos certificados por el doctor Walter Velasco Alvarado, Notario Tercero del Cantón Durán, de que los documentos que se certifican son fiel compulsa de la copia certificada que se exhibe y presenta los siguientes documentos: i) Copia Certificada de la Factura No. 001-0010024597 de OMINI HOSPITAL por el valor de 1.372, 10 dólares americanos; ii) Factura No. 0010010024698 de OMNI HOSPITAL por el valor de 117,54; iii) Certificación conferida por el Médico Alfonso Paredes Yule, quien con fecha 08 de febrero de 2012 certifica que la señora Carolina Llanos Romero fue intervenida de cesárea iterativa por embarazo gemelar en el OMNIHOSPITAL con fecha 02 de agosto de 2011, y que fue dada de alta a las 48 horas; iv) Certificado suscrito por la Ingeniera Sandra Vanegas Plúas, Jefa Servicio de Atención al Cliente OMNIHOSPITAL de fecha 15 de febrero de 2012, en el que se certifica que señora Geomar Carolina Llanos Romero ingresó con fecha 02 de agosto de 2011 al hospital para realizarse un tratamiento quirúrgico (parto cesárea) y que fue dada el alta hospitalaria el 04 de agosto de

2011; v) Historia clínica 1204059552 en la que se establece que la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero, con cédula 1204059552, ingresó al OMNIHOSPITAL el 02 de agosto de 2011 y egresó el 04 de agosto de 2011 bajo el siguiente diagnóstico: embarazo gemelar de 37 semanas, por lo que se programó una cesárea segmentaria; iii) Partida de nacimiento de Lara Llanos Mariasol Karolina y Lara Llanos Galo Matías de fecha 02 de agosto de 2011.

105. Respecto a este hecho la defensa de la recurrente también presentó como prueba los testimonios de Galud Elizabet Llanos Romero y Graciela Isabel Erazo Mora.

106. No obstante, aunque el hecho relatado y sometido a comprobación por la defensa de la recurrente determina que el 04 de agosto de 2011, día en el que ocurrió el asesinato de los señores Carlos Humberto Llanos Avendaño, Silvia Alexandra Parco Valverde y del niño Carlos Alberto Llanos Parco, la señora Geomar Carolina Llanos se encontraba en la ciudad de Guayaquil y fue dada de alta del OMINI HOSPITAL a las 14h22, resulta palmario referir que ante los Tribunales de instancia no se generó un debate al respecto, porque no existe referencia probatoria alguna que señala que su responsabilidad penal dentro de la causa se determinó en razón de su ubicación en la escena del crimen, por lo que si bien estos hechos son relevantes, estos no son pertinentes para demostrar el error fáctico de la condena, ya que la participación de la recurrente fue establecida como " autora intelectual" , es decir, "]…]aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona […]" [1]

107. Como lo reseñamos en los antecedentes del caso, se determinó la participación de la ciudadana Carolina Llanos Romero como autora intelectual en el delito, de acuerdo al artículo 42 del Código Penal, aquello implicaba " los que han perpetrado la infracción […] los que han determinado la perpetración del delito y efectuádolo (sic) valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo" (énfasis no corresponde al texto). Autores como Zabala Baquerizo señala que el autor intelectual es quien " … realiza el comportamiento típico valiéndose de un tercero que será el autor material"[2]

108. Es decir, determina que otro sujeto materialice la ejecución del hecho típico, tenemos entonces que la acción que se conjuga en la autoría es la de determinar se construye como la causa intelectual determinante de la conducta del determinado[3]. En este sentido, al no ser quien materialmente ejecuta el hecho, para su participación no resulta indispensable su presencia para la ejecución del tipo de acciones descritas para esta clase de autoría, bastará que se comprueben los actos mediante los cuales determinó su actuación intelectual.

109. En el caso, se establece que la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero gestionó el financiamiento de los autores materiales, por lo que al lograr establecer que se encontraba en Guayaquil el día de los hechos no genera una contribución probatoria que modifique la realidad procesal declarada.

d.2. Pretensión 2: Descalificación y exclusión de medios probatorios.

110. El siguiente hecho que se somete a discusión tiene que ver con la existencia de una finalidad política en una persecución iniciada en contra del señor Galo Lara –ex asambleísta que lo implicó en el asesinato ocurrido en Quinsaloma, y que conllevó a que la revisionista como su pareja sentimental fuese también involucrada en el caso, a través del testimonio del señor Alex Vicente Cedeño Molina y el video del señor Juan Manuel Veliz (autor material).

111. Para la acreditación de este hecho, se presentaron informes desclasificados de la Secretaría de Inteligencia ex SENAIN, notas periodísticas e informes de comisiones especializadas, los testimonios de los señores Fernando Balda y del General Lenin Bolaños Pantoja, respecto a aquello la defensa de la revisionista es insistente en señala que

[1] MUÑOZ Conde y García Mercedes, Derecho Penal, Parte General, octava edición, tiratn lo blanch libros, pág. 435
[2] Alfonso Zambrano Pasquel, Teoría de la Participación. www.revistajuridicaonline.com/wp- content/uploads/2009/09/26_3_la_teoria_de_la_participacion.pdf. Visitado 26/10/2021
[3] Luis de la Barreda Solórzano. Los límites de la responsabilidad penal. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/3.pdf Visita 26-10-2021.

la actuación del señor Alex Vicente Cedeño Molina como testigo en el caso, se debe a una enemistad manifiesta que existe respecto del asambleísta Galo Lara Yépez, que este es un testigo forjado con el que no se llega a quebrantar la presunción de inocencia.

112. En referencia al testimonio del señor Fernando Balda, señala que cuando estuvo privado de libertad en el año 2012, Juan Manuel Veliz le dijo personalmente que tanto Galo Lara, como Carolina Llanos no habían participado en el crimen, y que fue obligado a realizar un video en el que incriminaba a Carolina Llanos, lo que a su criterio se relaciona con los recortes y notas de prensa presentadas.

113. Las refutaciones esgrimidas por la defensa de la revisionista cuestionan el testimonio del señor Alex Vicente Cedeño Molina por considerar que es forjado, y que el video realizado por Juan Manuel Veliz fue realizado de forma obligada para incriminar a la sentenciada, entonces, se presentaron pruebas testimoniales y documentales con el fin de desacreditar estos testimonios y establecer su no participación como autora intelectual en el ilícito.

114. Ahora bien, el razonamiento es claro no se busca demostrar un nuevo factum como demanda la causal cuarta del artículo 360, sino se busca desacreditar el medio probatorio y su incidencia en la acreditación de responsabilidad penal. En la discusión del recurso de revisión debe dejarse claro que, la causal cuarta implica la acreditación de un hecho nuevo no conocido que establece la no responsabilidad penal, distinta a la desacreditación de medios probatorios, en el que se debate si aquellos que sirvieron para dictar el fallo de condena conllevaban un vicio (error, falsedad o malicia) que determinada su comprobación decantaría en la exclusión de aquella prueba.

115. La revisionista es evidente en sus planteamientos de exclusión probatoria, si bien no utiliza los vicios probatorios en los términos que franquea la ley, se utiliza los términos símiles " forjado" y "obligado" para calificar los medios probatorios, con lo que queda claro que se busca comprobar una causal de revisión diversa a la alegada por la revisionista y por tanto estas alegaciones no se compadecen con la causal por la que interpuso en recurso, por lo que en razón al principio dispositivo estos medios probatorios no pueden ser sometidos a debate por no resultar pertinentes.

116. Si la recurrente pretendía que estos medios probatorios acrediten que se le condenó a través de testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados, debió plantear su recurso también por la causal 3 del artículo 360 del CPP; sin embargo su recurso únicamente abarca la causal 4 del artículo ibídem, razón por la cual, este Tribunal no encuentra correspondencia entre la prueba presentada con la causal alegada.

d.3. Pretensión 3: Decisiones judiciales como medios probatorios nuevos.

117. Como parte de su hipótesis revisionista, la defensa de la sentenciada señala que Fiscalía sostuvo en su teoría del caso que la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero, participó como autora intelectual, y que los pagos se concretaron a través de su hermano Gilbert Llanos Romero quien se encontraba prófugo, sin embargo, se presenta como medio de prueba la sentencia emitida por el Tribunal de Casación que al resolver la situación jurídica del prenombrado ratificó su estado de inocencia, lo que a criterio de la recurrente desvanece la teoría del caso sustentada en su contra.

118. Con el objeto de analizar la propuesta revisionista, es necesario señalar que de conformidad con el artículo 194 de la CRE:

La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

119. De ahí, aunque se reconoce que el poder jurisdiccional lo detentan los juzgadores, y es la Fiscalía quien dirige la investigación, y, es él quien dirige su desarrollo y garantiza su eficacia" [4], así lo señala el artículo 65 del CPP al referir que [c]orresponde a la fiscal o el fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública.

[4] Alonso Peña Cabrera Freyre, Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio Teoría del caso y técnicas de litigación oral. p. 324.

120. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no define los alcances de los criterios de unicidad e indivisibilidad que rigen el funcionamiento de la Fiscalía General del Estado, por lo que estimamos necesario aproximarnos a su definición a través del derecho comparado.

121. En Nicaragua, la Ley Orgánica del Ministerio Público, en su artículos 3 y 4 define a la invisibilidad como el cumplimiento de funciones en nombre y representación del Fiscal General, sobre la unidad sostiene que el Ministerio Público es único para toda la República y sus representantes ejercerán las funciones conforme a los principios de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica en la materia y en el territorio para el que han sido asignados[5]

122. En el ordenamiento jurídico de República Dominicana la indivisibilidad supone que sus miembros actúan como un solo cuerpo y adoptan sus decisiones en nombre y representación del Ministerio Público; mientras que es único para todo el territorio nacional. Cada miembro del Ministerio Público encargado de la investigación actúa ante toda jurisdicción competente, impulsa la acusación o cualquier otro acto conclusivo, sustenta los recursos que correspondan y lo representa íntegramente en todo el territorio de la República. No obstante aquello también implica que [l]os miembros del Ministerio Público deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

123. En Argentina, se define la unidad de actuación como principio funcional y en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación se establece que el Ministerio Público Fiscal de la Nación es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. Cada funcionario controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. Éstos actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y conforme a lo previsto en esta ley. [6]

124. De ahí se desprende que los criterios de unidad e indivisibilidad abarcan el reconocimiento de una estructura cohesionada, que bajo los postulados antes descritos debe mantener una postura única y coordinada, de ahí que la formulación de la acusación y de la teorías con las que dirige cada caso deben conlleva inferencias lógicas que resulten consecuentes entre sí, conteniendo –a pesar de la pluralidad de funcionarios una unidad de relato que guarde coherencia y constancia.

125. En este caso en específico, la sentencia que declara tanto la existencia material de infracción como la responsabilidad penal de la señora Geomar Carolina Llanos Romero, en calidad de autora intelectual pues se asegura que mediando promesa de pago por el asesinato de la víctimas a los autores materiales y presume en su parte considerativa que los cheques girados por el acusado y cobrados por Gilbert Gualberto Llanos Romero, uno por 3.500 dólares cobrado el día 4 de agosto de 2011, y otro por 5.000 dólares cobrado el 05 de agosto de 2011, sin que tampoco se haya podido justificar el destino de esos dineros, Gilbert Gualberto Llanos Romero hermano de Geomar Carolina, también ha sido acusado en este proceso penal, pero por encontrarse prófugo, su tramitación con respecto a su situación jurídica está suspendida. [7]

126. Queda en evidencia que se vinculó al señor Gilbert Llanos como quien cobró los cheques cuyo destino no se pudo justificar. Una vez lograda la

---

[5] República de Nicaragua, Ley Orgánica del Ministerio Público. LEY No. 346, Aprobado el 2 de Mayo del 2000. Publicado en La Gaceta No. 196 del 17 de Octubre del 2000. Artículo 3.- Indivisibilidad. El Ministerio Público es único e indivisible. Los Fiscales cumplirán sus funciones en nombre y representación del Fiscal General. Artículo 4.- Unidad y Jerarquía. El Ministerio Público es único para toda la República y sus representantes ejercerán las funciones conforme a los principios de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica en la materia y en el territorio para el que han sido asignados, salvo lo que disponga en casos y situaciones especiales el órgano superior jerárquico del organismo mediante resolución fundamentada. Los Fiscales del Ministerio Público deberán personarse en el proceso penal y acreditarán su representación con la presentación de su respectiva credencial.

[6] República de Argentina. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación | 2 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Ley 27148 Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Funciones. Artículo 9 literal a).

[7] Cfr. Sentencia dictada por el tribunal de apelación fojas 1638.

captura del señor Gilbert Llanos Romero, y sometido a audiencia de juicio, de forma coherente a lo ya referido Fiscalía en la audiencia de juicio presentó como teoría del caso:

El proceso tiene como antecedente los hechos que ocurrieron el 04 de agosto de 2011, en el recito Balserío del cantón Quinsaloma, provincia de Los Ríos; en el día indicado, a las 19h00 aproximadamente, cinco sujetos portando machetes, aprovechando la confianza y el parentesco que uno de ellos tenía con el señor Carlos Humberto Llanos Avendaño, con el objeto de ayudar a guardar unos gallos, ingresaron al domicilio de su familia, en aquel momento uno de ellos golpeó en la cabeza al señor Carlos Humberto Llanos Avendaño y lo empezaron a atacar alevosamente; cuando estaba agonizando lo llevaron hasta el lugar donde se encontraban su esposa Silvia Alejandra Parco Valverde y su pequeño hijo de tres años de edad Carlos Augusto Llanos Parco; los tres fueron trasladados hasta las orillas del río Umbe, el mismo que se encuentra a unos 100 metros de la vivienda de las víctimas y procedieron a asesinarlos; sus cadáveres fueron botados en el río; con el objeto de que no existan indicios, fueron a la vivienda de las víctimas y procedieron a incendiarlas, la que quedó en escombros porque tenía una construcción mixta. Luego, en el transcurso del proceso, se descubrió que los victimarios actuaron bajo promesa de remuneración, por parte de Carolina Llanos con dinero entregado por el señor Galo Lara Yépez, pago que se realizó por intermedio de su hermano Gilbert Gualberto Llanos Romero.[sic] [8] (énfasis no corresponde al texto)

127. Bajo esta referencia, el Tribunal de juicio señala que la causa seguida en contra del señor Gilbert Llanos Romero se deriva de la actuación de su hermana Geomar Carolina Llanos Romero como autora intelectual, pues el referido ciudadano actuó como intermediario y pagó a los autores materiales del asesinato.

128. Ahora bien, se sentenció a Geomar Carolina Llanos como autora intelectual del delito de asesinato y se considera la existencia de un móvil para la perpetración del acto, en este momento del proceso, y por cuanto el procesado Gilbert Llanos se encontraba prófugo no se sometieron a prueba los hechos referentes a su participación por lo que una vez sometido a enjuiciamiento, se declara que la teoría del caso manejada por Fiscalía respecto a los modos de intervención de la autora intelectual a través del señor Gilbert Llanos carecen de sustento probatorio y por lo tanto en sentencia de fecha 26 de junio de 2020, las 11h40, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia señaló de forma categórica que:

Como se deja entrever del extenso memorial transcrito ut supra, el tribunal de alzada de mayoría con base a un examen probatorio plagado de presunciones y sustentadas en presunciones, no en indicios probados, precisos graves y concordantes como exigía el artículo 87 del CPP da por cierto que el procesado Gilbert Gualberto Llanos Romero " colaboró con su hermana (la autora intelectual) en la comisión del delito, quien giró inusualmente a su favor los cheques con montos que coinciden con el tiempo de los hecho;, el procesado fue quien cobró los mismos, para cumplir con la oferta a los autores materiales del delito; pues la autora intelectual estaba en estado delicado de gravidez para realizar personalmente la transacción" tal como consta en la parte final del citado numeral 6.2 del fallo cuestionado; y, a partir de ahí, establece el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de dicho procesado, sin que tampoco se avizore el cumplimiento de los requisitos del artículo 88 ejusdem y menos aún que se haya podido acreditar con certeza el elemento subjetivo del dolo en la conducta del impugnante" […] el tribunal de alzada en voto de mayoría partiendo de hechos probados y que son: el procesado hoy recurrente es hermano y de entera confianza de la proceda Carolina Llanos Romero, y que en esa calidad cobró los cheques girados por esta a su favor, de ello presume que esos dineros fueron entregados a los autores materiales del delito; y con esta presunción se construye otra, que ésta entrega de dinero fue el pago para la comisión del ilícito, concluyendo así la participación del recurrente en el grado de cómplice. A partir de lo cual se avizora que el sistema de valoración de las presunciones y los indicios utilizado por el ad quem de mayoría no estuvo acorde con

[8] Cfr. Sentencia de apelación del caso seguido en contra de Gilbert Gualberto Llanos Romero, a fojas 256.

las exigencias de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que si bien hablaban de "presunciones" y consideraban que a partir de indicios se podría presumir el " nexo causal entre la infracción y sus responsables" , no es menos cierto que, aquellos presupuestos debían estar sujetos a lo siguiente: a) Las presunciones debían estar basados en hechos probados, graves, precisos y concordantes, lo que supone que en ningún escenario jurídico podrían estar sustentadas en otras presunciones, así lo determinaba el artículo 87 del CPP; y, b) la presunción del nexo causal entre la infracción y sus responsables, estaba supeditada a que se cumplan integralmente una serie de premisas: existencia de la infracción comprobada conforme a derecho; presunción fundada en hechos reales y probados no otras presunciones; e, indicios que sirven de premisa a la presunción, sean varios relacionados, unívocos y directos conforme el artículo 88 ibídem.

129. Y de aquello concluyó que no se acreditó que el impugnante Gilbert Gualberto Llanos Romero haya actuado con el ánimo de causar daño […] en la medida en que de las circunstancias que han acompañado el acto atribuido […] no se avizora que hubo una intención dañada de su parte.

130. Ante la declaratoria de una realidad procesal diversa, conforme se vislumbra de la decisión adoptada por el Tribunal de Casación se cuestionan los medios probatorios que sostienen la sentencia de condena dictada en contra de la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero, pues durante todo el proceso se aseguró que fue la autora intelectual porque se justificó un móvil para la comisión del ilícito, pero su participación dependía de las actuaciones de un tercero que, en la teoría fiscal resultaba ser el hermano de la revisionista, quien intermedio en el delito a través de las acciones ejecutadas de forma secundaria e indirecta como cómplice, por lo que al no determinarse su participación el ilícito, se cuestiona el grado de responsabilidad penal de la sentenciada en el delito de asesinato.

131. Más aún deben desacreditarse las versiones de los señores Ernesto Aguilar y Bolívar López Santana que intentaron ser observadas como medios de prueba desatendiendo lo dispuesto en el artículo 119 del CPP.

132. La sentencia dictada por el Tribunal de Casación que ratifica el estado de inocencia del señor Gilbert Gualberto Llanos Romero, constituye un hecho nuevo por cuanto se dictó el 26 de junio de 2020, las 11h40, varios años después de que se sustanciara el proceso penal en contra de la revisionista que culminó con la declaratoria de abandono de su recurso de casación el 18 de noviembre de 2013, las 08h00, conforme se explica en el relato de la causa.

133. En conclusión, examinada la hipótesis planteada por la defensa de la recurrente se tiene que al no comprobarse la responsabilidad penal del señor Gilbert Llanos se desacreditan los argumentos con los que la acusación sostuvo la autoría intelectual de la señora Geomar Carolina Llanos Romero, porque se restringen las acciones que pudo ejecutar la sentenciada, y en razón de lo expuesto este tribunal estima que este nuevo hecho desacredita el grado de participación que sostiene la sentencia de condena dictada por el Tribunal de Garantías Penales en fecha 02 de enero de 2013, las 12h00, y ratificada por la Sala de apelación el 20 de septiembre de 2013, las 12h00.

134. Dicho en otras palabras la nueva realidad procesal rompió el vínculo fático y jurídico de la teoría del caso de la Fiscalía, por lo que los sustentos que motivaron una sentencia de condena de que la ahora revisionista pagó el asesinado del crimen de Qinsaloma, fueron desvirtuados por una realidad histórica, que demuestra que la ahora recurrente no participó en el delito que en su momento se le imputó y por el que resultó condenada, al contrario de aquello, no se respetó su estado de inocencia, y se le condenó sin analizar la realidad histórica de los hechos.

VIII. DECISIÓN

135. Por lo expuesto, este Tribunal de Revisión, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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,** por decisión unánime y al tenor del artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha resuelve:

1. Declara que el recurso de revisión interpuesto por la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero es procedente, en razón de que el hecho nuevo insertado a través de la sentencia dictada por el Tribunal de Casación que ratifica el estado de inocencia del señor Gilbert Gualberto Llanos Romero, con fecha 26 de junio de 2020, las 11h40 demuestra que la sentenciada no es responsable del delito de asesinato contenido en el artículo tipificado y sancionado en el artículo 450 con las

circunstancias de sus numerales 1, 2, 4 y 5 del CP, en consecuencia se RESTITUYE EL ESTADO DE INOCENCIA de la sentenciada GEOMAR CAROLINA LLANOS ROMERO y se dejan sin efecto las medidas de orden personal y real que pesan en contra de la referida sentenciada.
2. Por Secretaría remítanse copias certificadas a la Fiscalía General del Estado del informe sobre situación de privación de libertad de Tito Galo Lara, Gilbert Llanos Romero y Carolina Llanos Romero, dictado por la Defensoría del Pueblo, por su Director General Jarol Burbano Villarreal a fin de que se investigue los hechos que se ponen a través del mismo en conocimiento de este tribunal.
3. Devuélvase el procesado al tribunal que dictó al fallo para los fines pertinentes.
f) Dr. Byron Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL (E); Dr. Luis Adrian Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E).

RECURSO DE REVISIÓN

Juicio No. 17721-2012-0338

Juez Ponente: Dr. Byron Guillen Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, viernes 17 de diciembre del 2021, las 11h34.
VISTOS:
1. Una vez que fue conocido y aceptado por este Tribunal el recurso de revisión interpuesto por la ciudadana Carolina Llanos Romero amparada en la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal (en adelante " CPP"), se procedió al análisis de la pretensión de aplicación del artículo 327 del CPP del sentenciado no recurrente Galo Tito Lara Yépez, quien dentro de la presente causa penal de fecha 20 de septiembre de 2013, las 12h00, un Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, instaurado para conocer el recurso de apelación propuesto por la acusación particular en razón de que el prenombrado ciudadano goza de fuero de Corte Nacional en esta instancia se dictó condena en su contra, y se declara su culpabilidad en calidad de cómplice del delito de asesinato tipificado en el artículo 450.1.2.4.5 del Código Penal (en adelante " CP"), imponiéndole la pena de diez años de privación de libertad.
I. Jurisdicción y competencia
2. Este órgano jurisdiccional pluripersonal se integró por sorteo de ley, realizado el 12 de marzo de 2021, las 15h30, sin que hayan objeciones respecto a su integración por los sujetos procesales.
3. Mediante resolución No. 2092017, de 20 de noviembre de 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura, al amparo de lo dispuesto en los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CRE") y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante "COFJ"), renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por tal motivo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 012018, de 26 de Enero de 2018, conformó su seis salas especializadas, según le faculta el COFJ, en su artículo 183.
4. El Consejo de la Judicatura, al amparo de los artículos 181.3 de la Constitución y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la renovación de las y los Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Una vez concluido este proceso de selección, el Consejo de la Judicatura emitió la resolución No. 082021, designando como Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia a los profesionales que superaron el concurso.
5. Bajo las reglas de competencia mencionadas y luego del sorteo de ley se constituyeron como Tribunal de Casación: el señor Abogado Byron Guillen Zambrano Juez Nacional Ponente, el señor abogado Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, y la Abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional.
6. Por encargo del doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, conoce la presente causa el señor doctor Luis Rojas Calle, Juez Nacional (E).
II. Validez procesal
7. El efecto extensivo del recurso se tramitó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del CPP, en concordancia de lo dispuesto en el

artículo 76 numeral 3 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de este recurso, por tanto, se declara la plena validez formal de lo actuado.

III. Trámite

8. De la revisión de autos se advierte que el inicio de instrucción fiscal dentro del presente caso se dio con fecha 19 de abril de 2012, por lo que en atención a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal (en adelante " COIP"), publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso es lo previsto en el CPP que incluye las reformas de 24 de marzo de 2009.

9. La petición de aplicación de efecto extensivo contenido en el artículo 327 del CPP, no contempla un trámite específico, no obstante, para su prosecución este Tribunal estimó pertinente valerse de los principios fundamentales que rigen el procedimiento penal, poniendo especial énfasis en los principios agregados a continuación del artículo 5 del CPP por el artículo 1 de la Ley s/n, R.O. 555-S, de 24 de marzo de 2009, relativos a la debido proceso, contradicción y oralidad.

IV. Actuación procesal relevante

10. Es necesario señalar que el presente caso se tramitó de acuerdo a las reglas fijadas en el artículo 128 de la CRE, 168 y 192 del COFJ, en razón de que ciudadano el Tito Galo Lara Yépez, para la fecha de los hechos gozaba de fuero de Corte Nacional de Justicia porque se desempeñaba como Asambleísta.

11. En audiencia preparatoria y de evaluación de juicio de fecha 17 de agosto de 2012, las 08h30, el Juez Nacional de Garantías Penales, doctor Merck Benavides Benalcázar, dictó auto de llamamiento a juicio respecto de los señores José Veliz Sánchez, Carlos Alfredo Guaray Vargas, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez, Geomar Carolina Llanos Romero y Tito Galo Lara Yépez por presumir su participación en calidad de autores del delito de asesinato tipificado y reprimido en el artículo 450 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 del CP; al señor Gilbert Gualberto Llanos Romero en calidad de cómplice y al señor Luis Humberto Mediavilla Paredes en calidad de encubridor.

12. Respecto de los señores Klever Ebered Romero Barragán y Martín Daniel Barreiro Espinoza, fiscalía se abstiene de acusarlos y se dicta sobreseimiento provisional a su favor.

13. Por corresponder al trámite vigente para el caso, de conformidad al artículo 330 del CPP los ciudadanos Tito Galo Lara Yépez, Geomar Carolina Llanos Romero y Luis Alberto Mediavilla Paredes, correspondiendo su conocimiento al tribunal de Corte Nacional integrado por el señor juez Jorge Blum Carcelén, Ex Juez Nacional en calidad de ponente, señora doctora Gladys Terán Sierra, Ex Jueza Nacional y el señor doctor Paúl Íñiguez Ríos, ex juez Nacional, que en auto de fecha 23 de octubre de 2012, las 11h30, fue negado por cuanto a criterio de la Sala no existe vulneración al trámite que haya influido al momento de dictar el autor de llamamiento a juicio.

14. Mediante auto de 19 de noviembre de 2012, las 08h05, el juez de instancia remite el expediente para que se designe un tribunal para que sustancie la etapa de juicio, y respecto a los señores Carlos Alfredo Guaray Vargas y Gilbert Gualberto Llanos Romero la declara suspendida por encontrarse prófugos.

15. El 02 de enero de 2013, las 12h00 el Tribunal de Etapa de Juicio integrado por el señor doctor Vicente Robalino Villafuerte (+) ex Juez Nacional en calidad de Ponente, señora Lucy Blacio Pereria, Ex Jueza Nacional, Johnny Ayluardo Salcedo, ex Juez Nacional por unanimidad declaran probada la existencia material del delito de asesinato tipificado en el artículo 450. 1.2.4 y 5 del CP. Sobre la responsabilidad penal señala que se encuentra probada la participación de los señores José Manuel Veliz Sánchez, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez Franco en calidad de autores materiales de la infracción imponiéndoles la pena de veinte años de reclusión mayor especial. Respecto a la situación jurídica de la señora Geomar Carolina Llanos Romero se declara su responsabilidad como autora intelectual imponiéndole la pena de veinte años de reclusión mayor especial.

16. Sobre el señor Tito Galo Lara Yépez al considerar que no existen elementos suficientes se ratifica su estado de inocencia, y del señor Luis Alberto Mediavilla Paredes al no existir acusación fiscal se ratifica su estado de inocencia.

17. Notificado el fallo dentro del término de ley y bajo los parámetros del procedimiento que rige la causa interponen recursos los sujetos procesales bajo el siguiente detalle: 1) Juan Fernando Rodríguez Lavayen y José Manuel Veliz Sánchez, ha interpuesto recurso de nulidad y apelación; y 2) Edgar Eduardo Martínez Franco, Geomar Carolina Llanos Romero en calidad de procesados y los

acusadores particulares Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde interponen recurso de apelación.

18. Tras el sorteo de ley el Tribunal integrado por la doctora Ximena Vintimilla Moscosp, Ex Jueza Nacional, señora doctora Zulema Pachacama Nieto, ex Conjueza Nacional, y el señor doctor Edgar Flores Mier, Ex Conjuez Nacional, quienes en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2013, las 12h00 resuelven negar los recursos propuestos por los señores José Manuel Veliz Sánchez, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Edgar Eduardo Martínez Franco y Geomar Carolina Llanos y aceptan parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las acusadoras particulares y se reforma la sentencia recurrida en cuanto a la situación jurídica del señor Tito Galo Lara Yépez a quien se le declara culpable en el grado de cómplice del delito tipificado y sancionado en el artículo 450 con las circunstancias de sus numerales 1, 2, 4 y 5 del CP.

19. Dentro del término de ley los ciudadanos Juan Fernando Rodríguez Lavayen, Geomar Carolina Llanos Romero, Tito Galo Lara Yépez (procesados), y las señoras Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde (acusadoras particulares) interponen recurso de casación, y mediante sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, las 08h00 el Tribunal integrado por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Ex Conjuez Nacional en calidad de ponente, señor doctor Alejandro Arteaga García, ex Conjuez Nacional, y la señora doctora Aída Palacios Coronel, Ex Conjueza Nacional resuelven: 1) Declarar el abandono de los recurso de casación presentados por los señores Tito Galo Lara Yépez y Geomar Carolina Llanos Romero por no comparecer sus defensores a la audiencia señalada para la fundamentación del recurso; 2) Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por el señor Juan Fernando Rodríguez Lavayen (procesado) y por las señoras Clemencia Olga Avendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde.

20. Ejecutoriada la sentencia de condena la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero, sobre la base de la causal 4 del artículo 360 del CPP, impugnación que fue de conocimiento y resolución de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Crimen Organizado y Corrupción de la Corte Nacional de Justicia, una vez instalada la audiencia para conocer la fundamentación del recurso de revisión, y designado un Defensor Público para comparecer por parte de los sentenciados no recurrentes.

21. En sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, las 17h04 el Tribunal de revisión restituyó el estado constitucional de inocencia de la sentenciada Carolina Llanos Romero.

22. Con fecha 08 de noviembre de 2021, la defensa de la recurrente interpone recurso de ampliación, el cual luego del trámite de ley es negado por improcedente, en la misma petición el condenado Tito Galo Lara Yépez solicitó la aplicación del artículo 327 del CPP, por lo que se procede a convocar a los sujetos procesales a audiencia de fundamentación en atención al artículo innumerado tercero a continuación del artículo 5 del CPP.

V. Relato de hechos

23. El Tribunal de apelación para dictar el fallo de condena establece los siguientes hechos:

El día 4 de agosto de 2011, aproximadamente a las 19h00, en recinto Balserio, cantón Quinsaloma, provincia de Los Ríos, se ha producido el asesinato de Carlos Humberto Llanos Avendaño, Silvia Alexandra Parco Valverde y Calos Alberto Llanos Parco, hecho ocurrido en su casa de habitación, sus cuerpos fueron abandonados en el río Umbe, cercano al lugar del crimen, posteriormente la casa ha sido incendiada siendo reducida a escombros.

VI. Alegaciones de parte

a. Fundamentación de la aplicabilidad del efecto extensivo, por parte del abogado defensor del sentenciado Tito Galo Lara Yépez

24. En su intervención, la defensa del peticionario Galo Lara Yépez, señala que establecerá de qué forma la sentencia resuelta por este Tribunal que resolvió el recurso de forma favorable de Carolina Llanos Romero afecta la situación jurídica penal del señor Tito Galo Lara Yépez, que considera debe modificarse, de conformidad con lo dispuesto en el actual Art. 652 numeral 5 del COIP y Art. 327 del CPP.

25. Mantiene que las premisas de la sentencia de 28 de octubre del 2021, las 17h04, en sus partes pertinentes que sirven de fundamento para solicitar este beneficio, se encuentra en la parte resolutiva, en el numeral 133 de la sentencia que dice de manera textual, en conclusión, examinada la hipótesis planteada por la defensa de la recurrente se tiene que al no comprobarse la responsabilidad penal del Gilbert Llanos se desacreditan los argumentos con los que la acusación sostuvo la autoría intelectual de Carolina Llanos Romero, porque se

restringen las acciones que pudo ejecutar la sentenciada, y en razón de lo expuesto este tribunal estima que este nuevo hecho desacredita el grado de participación que sostienen los dos sentencias tanto de apelación, como de primera instancia.

26. La segunda premisa consta en el numeral 134 de la sentencia, este Tribunal concluye lo siguiente: la sentencia de casación que ratifica el estado constitucional de inocencia de Gilbert Llanos de 26 de junio del 2020, demuestra que Carolina Llanos no participó en el delito que en su momento se le imputó. En este punto el abogado del peticionario refiere que respecto de la sentenciada no se respetó su estado de inocencia, y se la condenó sin analizar la realidad histórica de los hechos.

27. Tercera premisa, en el numeral 130 de la sentencia, respecto de Geomar Carolina Llanos Romero durante todo el proceso se aseguró que fue la autora intelectual porque se justificó un móvil para la comisión del ilícito, su participación dependía de las actuaciones de un tercero, que en la teoría de fiscalía resultaba ser el hermano de la revisionista, quien intermedió en el delito, a través de las acciones ejecutadas de forma secundaria e indirecta como cómplice, por lo que al no determinarse su participación en el ilícito se cuestiona el grado de responsabilidad penal de la sentenciada en el delito de asesinato.

28. Asevera que con estas tres premisas el Tribunal concluye que si Gilbert Llanos no es responsable del ilícito, tampoco lo es Carolina Llanos, porque uno dependía del otro, la participación del uno estaba vinculada a la del otro, pero también del texto de la sentencia, y de la sentencia de apelación se puede recoger que no era el único presunto cómplice, sino también Galo Lara Yépez, en el numeral 126 la sentencia detalla cual fue la teoría del caso de fiscalía, que por supuesto es acogida y ratificada en su totalidad por la Corte Nacional de Justicia en el recurso de apelación, en el transcurso del proceso se descubrió que los victimarios actuaron bajo promesa de remuneración por parte de Carolina Llanos, con dinero entregado por el señor Galo Lara Yépez, pago que se realizó a través de su hermano Gilbert Llanos Romero.

29. Entonces se tiene como segunda conclusión que la teoría del caso de Fiscalía ratificada en su totalidad por la Corte en la sentencia de 20 de septiembre del 2013, tenía su fundamento en el siguiente hecho, en que Carolina Llanos utilizó el dinero que presuntamente le entregó su pareja sentimental Galo Lara Yépez para presuntamente para pagar a los autores materiales del caso Quinsaloma, a través de su hermano Gilbert Llanos, es decir la participación de estas tres personas se encontraba íntimamente vinculada, pues Galo Lara presuntamente es quien entrega dinero a Carolina Llanos para un fin específico, que se ejercitaba a través de una tercera persona que era el hermano de Carolina Llanos, por lógica, si Gilbert Llanos Romero no tiene participación en el delito, y por lo tanto no tiene Carolina Llanos Romero participación en este delito, por lógica tampoco podría subsistir ese reproche penal en contra de Galo Lara Yépez, que fue según Fiscalía el que proveyó los fondos para poder perpetrar el ilícito penal.

30. Refiere que no existe en ninguna parte de las resoluciones ningún vínculo indirecto, secundarios que es de cómplice como se detalló a Galo Lara respecto de los autores materiales, el único vínculo que existe es respecto de Carolina Llanos, que es declarada inocente, Galo Lara Yépez fue condenado como cómplice, y cómplice respecto de actos secundarios que beneficiaban a una persona en particular que es Carolina Llanos, estos actos secundarios estaban vinculados exclusivamente con ella, a través de la entrega presuntamente de dinero.

31. En el caso, si la persona que hasta entonces fungía y fue declarada de autora intelectual es declarada inocente, no se puede sostener jurídicamente que la persona que supuestamente colaboró con la autora intelectual mantenga su calidad de condenado, no puede suceder jurídicamente, de hecho, tal como ocurrió con Gilbert Llanos, por lo tanto Galo Lara Yépez debe seguir la misma suerte de Gilbert Llanos Romero, dicho de otra forma, si eliminamos jurídicamente la participación de Carolina Llanos, y la de Gilbert Llanos, dejamos también insubsistente la participación de Tito Galo Lara Yépez.

32. La defensa señala que en el texto de la sentencia que condena a Galo Lara Yépez de 20 de septiembre del 2013, las 12h00, en el considerando DÉCIMO, análisis de tribunal, numeral quinto, con respecto a Tito Galo Lara Yépez, de los testimonios de los acusados Llanos y Lara consta primero la relación que existe entre ellos, con el testimonio de Adolfo Zaldumbide quien indicó que realizaba depósitos y transferencias a la cuenta de Carolina Llanos por disposición de Galo Lara Yépez, dice también esta persona que es esposo de María Elena Cisneros, titular de la cuenta desde donde se hacían las transferencias, hace conocer que él hizo transferencias por disposición de Galo Lara los días tres y

cuatro de agosto del 2011, es decir un día antes de ocurridos los hechos materia del presente proceso. Estos testimonios deben ser valorados como prueba en contra del acusado, pues son indicios de su participación en el ilícito materia del presente proceso penal, más si tomamos en cuenta que el homicidio de la familia Llanos Parco se había hecho mediante promesa de pago, y quien ofreció pagar fue Carolina Llanos, por lo tanto se puede notar este estrecho vínculo entre Carolina Llanos y Galo Lara Yépez según la Corte, de ahí que los presuntos actos de complicidad se relacionan exclusivamente con los actos de Carolina Llanos, y al considerar este Tribunal de Revisión que no es responsable de la comisión de la infracción, tampoco debe tenerse como responsable de la misma a Tito Galo Lara Yépez, las sentencias de la Corte Nacional de Justicia deben guardar concordancia, congruencia entre sí, de subsistir esta condena contra Galo Lara, existiría una grave contradicción entre sentencias de la misma Corte Nacional de Justicia, vulnerando la seguridad jurídica de la más alta Corte de Justicia a nivel ordinario.

33. Solicita que se aplique el beneficio procesal contenido en el Art. 327 del entonces Código de Procedimiento Penal, y actual Art. 652 numeral 5 del COIP, y por lo tanto se declare de una vez por todas, y como es justo el estado constitucional de inocencia de Tito Galo Lara Yépez.

b. Contestación por parte del delegado de Fiscalía General del Estado

34. Para responder Fiscalía señala que el señor Galo Lara Yépez comparece al Tribunal de Revisión solicitando se aplique a su favor el beneficio contenido el Art. 327 del CPP, actualmente se encuentra contenido en el Art. 652 numeral 5 del COIP, a la sentencia dictada a favor de la señora Carolina Llanos Romero de fecha 29 de septiembre del 2021, las 11h0.

35. A criterio de Fiscalía considera que no procede tal beneficio, porque la decisión se dictó en beneficio de la señora Carolina Llanos Romero, se funda en motivos exclusivamente personales. Como segundo punto señala que mediante el beneficio de indulto el señor Tito Galo Yépez se conformó, aceptó en la sentencia dictada en su contra por el juez Adquem, es de considerarse que el derecho de gracia del indulto no reside en el hecho de prestarse a la salvación del procesado, es un instrumento de paz social, política, siendo que se deriva directamente de mandatos constitucionales, siendo así, respecto al indulto con el cual fue beneficiado por el Estado Ecuatoriano, no es una resolución judicial que se considere antecedente jurídico.

36. Como tercer punto señala que el recurso de revisión no fue reformada o revocada la sentencia sigue existente en su contra dictada el 20 de septiembre del 2013. En su cuarto fundamento no recurrió mediante recurso de revisión que fuere admitido por la Corte Nacional de Justicia, ni tampoco recibió sentencia en revisión.

37. En cuanto al artículo 327 del CPP y 652.5 del COIP, en relación al Art. 5.2 del COIP, tampoco es aplicable puesto que no existe conflicto de normas por sanciones diferentes, puesto que el señor Galo Lara fue sentenciado en el grado de cómplice del delito de asesinato, mientras que a la señora Carolina Llanos como autora intelectual con el mismo Código Penal vigente a la fecha que se cometieron los hechos, por último, en relación al Art. 76 numeral 3 de la CRE, el delito por el que se le condenó al momento de cometerse estuvo tipificado en el Código Penal conforme así lo establece el Art. 450 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, en virtud de lo manifestado considera que no procede lo solicitado por el señor Tito Galo Lara Yépez..

c. Contestación por parte de la defensa de las señoras Clemencia Olga Abendaño Delgado y Libia Luzmila Parco Valverde, acusadoras particulares

38. Respecto de la fundamentación del Art. 327 del CPP, este versa en caso de que uno de los acusados interponga un recurso se beneficiarán todos del mismo, el segundo inciso dispone que será exigible el cumplimiento de este artículo, si existe una sentencia condenatoria, más sin embargo la misma norma establece que no sean motivos estrictamente personales, hace suya la intervención del señor delegado de la Fiscalía General de Estado, no fue revocada la sentencia por parte de este Tribunal respecto del señor Galo Lara, no ha recurrido tampoco mediante recurso de revisión, y por lo tanto considera que no procede la solicitud del señor Galo Lara, pues dentro de este juzgamiento existen otros sentenciados, y que no es un homicidio simple, es un asesinato por precio o promesa remunerativa, si se aplica este procedimiento o se le da este beneficio, es improcedente dicho que claramente esto se debe estrictamente a motivos estrictamente personales, y la norma indica que no será aplicable en estos casos, por lo manifestado solicita que no se le dé por válido el beneficio al señor Galo Lara Yépez.

d. Intervención por parte del defensor público en representación de los sentenciados no recurrentes.

39. En lo que corresponde a los derechos de los no recurrentes acogiéndose a lo que determina la Constitución de la República solicita que en caso de existir argumentos o encontrarse sus defendidos en la posición que mantiene el peticionario, solicita también se les haga extensivo a sus representados con el beneficio.

e. Réplica

40. En uso de su derecho a la réplica la defensa del señor Galo Lara no ha sido beneficiado del indulto, sería descabellado el pretender solicitar este beneficio si gozara de un indulto, él se encuentra bajo el régimen de pre libertad, respecto de los demás argumentos de fiscalía, ninguno de aquellos constituye un requisito para que se pueda aplicar este beneficio del Art. 327 del Código de Procedimiento Penal, es decir que no recurrió mediante revisión, que no fue revocada la sentencia, se dijo, y esto coincide con el único elemento, el último que también alegó el acusador particular de que se tratan de motivos personales, en esta audiencia oral, pública y contradictoria nunca se ha indicado qué motivos personales se refieren, no hicieron conocer esos motivos personales que impedirían el aplicar el Art. 327, y de hecho no atiende a motivos personales sino a motivos estrictamente jurídicos, dogmáticos, de participación criminal, y lo que se debe entender a participación criminal hay que recordar el argumento que el Tribunal utilizó.

41. Manifiesta que, a pesar de que la prueba nueva aportada fue exclusivamente la sentencia de casación que ratifica la inocencia de Gilbert Llanos, un instrumento jurídico que cambia la situación de una persona, pero que afecta a otra, por lo tanto no se trata de motivos exclusivamente personales como podrían ser tema de la edad, el estado en ese momento mental, físico, psicológico donde se encontraba, es un tema estrictamente jurídico, más aún que no lo han justificado los que contradicen, por tanto se mantiene en su petición de que se otorgue este beneficio al señor Galo Lara Yépez.

VII. Consideraciones del Tribunal

a. El indulto y la limitación de beneficiarse del recurso propuesto

42. Uno de los tópicos usados por la contraparte para considerar que debe negarse la aplicación del efecto extensivo es afincada en un razonamiento que resulta necesario despejar, esto es determinar si concedido el indulto al señor Tito Galo Lara Yépez constituye una limitación de la aplicación del efecto extensivo.

43. Como primer punto es necesario señalar que revisado el expediente no tenemos constancia procesal que establezca que a favor del ciudadano Tito Galo Lara Yépez se haya concedido el indulto presidencial o legislativo, por tanto la aserción que sostiene Fiscalía y que fue replicado en su intervención por la acusación particular carece de sustento al no poder ser determinada como cierta.

44. No obstante de aquello, este Tribunal aclara que en nuestra legislación procesal el artículo 327 del CPP en específico no establece una excepción de aplicación del efecto extensivo en razón de la obtención de un indulto. Debemos acotar que la aplicación de este efecto se desprende del derecho impugnar y como tal de conformidad con el artículo 11.3 de la CRE para su ejercicio no pueden exigirse condiciones o requisitos que no establezca la Constitución o la ley.

45. Como la aplicación de este efecto se deriva del recurso de revisión debemos recordar que su fin primordial es la consagración de la justicia material, por ello se marca con insistencia en el artículo 361 del CPP, que su interposición puede intentarlo el condenado pero si hubiera fallecido, podrán hacerlo su cónyuge, sus hijos, sus parientes o herederos. De ahí que, quien fuese favorecido por indulto o amnistía no está excluido de interponer recurso de revisión o ser beneficiado de sus efectos.

b. El derecho a impugnar. La incidencia del principio dispositivo y el efecto extensivo.

46. Las impugnaciones son medios recursivos que en nuestra legislación procesal se instauran a petición de parte, esto resulta, que su ejercicio depende de las pretensiones de los sujetos procesales, quienes inclusive en materia de recursos extraordinario son los que delinean la pretensión que será expuesta ante los tribunales.

47. Si los recursos se regentan en estricto apego al principio dispositivo, estos únicamente resolverían los argumentos de las partes, y beneficiarían exclusivamente a quien lo interpone, pues se supone que quien no presenta el medio impugnatorio se halla conforme con lo resuelto respecto de su situación jurídica en el fallo.

48. Se debe determinar si la pasividad de quien no interpone un recurso supone la aceptación de un fallo adverso, y más aún si este puede ser modificado en razón de un recurso que no interpuso.

Entonces en presupuestos específicos puede ser modificada positivamente por el resultado de un recurso.

49. El artículo 327 del CPP señala que:

> 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.

50. Esto es que, como una excepción del recurso como interés personalísimo, ante la pluralidad de procesados o condenados –dependiendo el momento procesal el recurso interpuesto por uno de ellos puede favorecer a los que tácita o expresamente se conformaron con una sentencia de condena, a pesar de haber contado con la misma capacidad de impugnación.

51. El objetivo y la finalidad del efecto extensivo es claro, radica en una promoción plena de la Justicia material conforme lo establece el artículo 1 de la CRE[1], a través de la uniformidad de criterios sobre condiciones subjetivas idénticas, que deben ser aplicadas aunque los procesados o condenados no recurran por cuenta propia.

52. Tenemos que el artículo 327 del CPP determina que cuando en un proceso penal existen varios coausados, la decisión debe hacerse extensiva en lo favorable, aquello supone que el recurso que beneficie a uno de los procesados puede beneficiar a los demás. Nuestra legislación concibe este efecto como un correctivo que permite que la resolución adoptada en un caso específico sea equitativa, justa y garantice la igualdad de condiciones, pues insistimos en que ante una situación similar no pueden sostenerse respuestas jurídicas diversas.

53. En cuanto al parámetro relativo a la no concesión de este efecto cuando la aceptación del recurso se deba a la atención de condiciones exclusivamente personales, encontramos una referencia clara en la doctrina que sobre aquello detalla:

> Existen causas, circunstancias o estados de exención de responsabilidad, que inciden sobre una esfera estrictamente personal […] Son situaciones que hacen referencia a la imputación individual, esto es, a las particulares condiciones en las cuales el imputado cometió el delito, o en base a ciertas condiciones del imputado con el agraviado. Circunstancias éstas, que al comprender fuera del ámbito del injusto no pueden ser comunicadas al resto de imputados. [2]

54. Colegimos entonces que no pueden aplicarse los beneficios de este recurso cuando la discusión se centra en condiciones relativas a la culpabilidad, refiriéndonos aquella como categoría dogmática en la que se (inimputabilidad, error de prohibición, etc) porque se fundan en razones estrictamente personales, que sólo incumben la esfera circular del imputado.

55. Relacionado con aquello, tenemos que en su trabajo sobre las consecuencias del efecto extensivo en la legislación procesal argentina Axel López afirmó:

> Al respecto, el art. 441 del Código Procesal Penal de la Nación establece que " (c)uando en un proceso hubiere varios imputados los recursos interpuestos por uno de ellos favorecerán a los demás, siempre que los motivos en que se basen no sean exclusivamente personales." En rigor de verdad, y más allá de la redacción de la norma, debe ser entendido que, con motivos, no se alude a los que aparecen en el fundamento del recurso interpuesto, sino a los utilizados por el órgano jurisdiccional para revocar los alcances del decisorio impugnado, puesto que son éstos los que se dirigen a modificar la situación, a partir del efecto extensivo, de las partes no recurrentes. [3]

56. Aquello no implica que este efecto conlleva el empleo automático del recurso beneficioso, su aplicabilidad deviene de un estudio necesario de

---

[1] CRE. Art. 1: Art.: 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.

[2] Alonso Peña Cabrera Freyre, Derecho procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del caso y Técnicas de Litigación Oral. Tomo II. Primera Edición. Lima –Perú. Pág. 564

[3] Consecuencias del efecto extensivo de los recursos en el proceso de ejecución penal (*) Por Axel López(**)http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/06/doctrina34016.pdf.

cada caso a fin de establecer las razones por las cuales se amplían los efectos del recurso a los demás coprocesados pese a que no hayan recurrido de la sentencia.

57. Sobre el momento procesal en el que debe aplicarse este beneficio, el artículo 327 del CPP es claro en su narrativa al señalar que se exigirá aun cuando exista sentencia ejecutoriada que declare su culpabilidad, esto implica que no existe tiempo para su proposición por el objeto y la finalidad que persigue, en tal virtud, este tribunal estima pertinente analizar la pretensión planteada por el sentenciado no recurrente Galo Tito Lara Yépez.

58. En sentencia, este Tribunal señaló que al no comprobarse la responsabilidad penal del señor Gilbert Llanos se desacreditan los argumentos con los que la acusación sostuvo la autoría intelectual de la señora Geomar Carolina Llanos Romero, porque se restringen las acciones que pudo ejecutar la sentenciada, y en razón de lo expuesto este tribunal estima que este nuevo hecho desacredita el grado de participación que sostiene la sentencia de condena dictada.

59. Declarado aquello se tiene que en su petición el sentenciado no recurrente sostiene que el establecimiento de esta nueva realidad procesal incide de forma directa en su situación jurídica, tanto más que aquella no se basa en condiciones personales del despliegue de la conducta de la sentenciada absuelta, sino en el análisis de un hecho nuevo que deja sin comprobación un factum específico la nueva realidad procesal rompió el vínculo fáctico y jurídico de la teoría del caso de la Fiscalía, por lo que los sustentos que motivaron un sentencia de condena de que la ahora revisionista pagó el asesinato del crimen de Quinsaloma.

60. La norma con la cual se ha solicitado se haga extensivo el presente recurso es la consagrada en el Art. 327 del Código de Procedimiento Penal, norma vigente con la cual se sustanció el procedimiento que declaró la culpabilidad del mencionado ciudadano, y norma bajo la cual debe seguirse aplicando bajo la disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal, es decir se mantiene ultra activa, salvo que exista alguna norma más beneficiosa para el no recurrente.

61. En rigor de verdad, y más allá de la redacción de la norma, debe ser entendido que la aplicación del efecto extensivo no depende del fundamento del recurso interpuesto, sino a los razonamientos usados por el órgano jurisdiccional para revocar los alcances del decisorio impugnado, puesto que son éstos los que se dirigen a modificar la situación jurídica de las partes no recurrentes.

62. En otras palabras, el alcance extensivo del recurso no de basa en los motivos por los cuales los recurrentes hayan establecido su recurso sino en lo que resuelven los juzgadores dentro del fallo, a fin de establecer las razones por las cuales se amplían este beneficio, por lo tanto hay que estudiar en el caso en concreto si corresponde o no aplicar este beneficio en base de la ratio decidendi a la cual hayan llegado los tribunales en la decisión del recurso que se está conociendo.

63. Este Tribunal estima pertinente analizar la pretensión planteada por el sentenciado Galo Tito Lara Yépez, mucho más que esta pretensión ha sido formulada, debatida y contradicha en audiencia pública por los demás sujetos procesales bajo los principios de oralidad, contradicción e inmediación, frente a aquello es evidente que este Tribunal tiene que emitir un pronunciamiento para establecer en derecho lo que corresponda, es así que se debe también analizar la sentencia que fue emitida en contra del solicitante; es así que en sentencia este Tribunal de Revisión señaló que al no comprobarse la responsabilidad penal del señor Gilbert Llanos se desacreditan los argumentos con los que la acusación sostuvo la autoría intelectual de la señora Geomar Carolina Llanos Romero, porque se restringen las acciones que pudo ejecutar la sentenciada.

64. En razón de lo expuesto este tribunal considera que este nuevo hecho desacredita el grado de participación que sostiene la sentencia de condena dictada, toda vez, que la responsabilidad penal atribuida al ciudadano Galo Lara en calidad de cómplice respecto de la conducta acusada a la autora intelectual quedó sin sustento, pues lo accesorio refiriéndonos a la conducta del cómplice sigue la suerte de lo principal –la conducta atribuida al autor, en consecuencia el cómplice no puede sostenerse presente en el delito, si no existe el vínculo que le une con la autora intelectual, pues se señala que los actos anteriores y secundarios eran atribuidos en razón de la conducta desplegada por la ciudadana Carolina Llanos.

65. Para aquello es necesario hacer referencia textual a la sentencia de la Sala de apelación, esto es la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2013, las 12h00, dicha sentencia estableció que:

Una vez revisada la prueba actuada por Fiscalía General del Estado debemos señalar que existen elementos que hacen que este tribunal llegue a la certeza de la participación del acusado Tito Gala Lara Yépez en el delito materia del presente proceso penal, estos elementos son el testimonio del señor Alex Vicente Cedeño Molina, el cual ha sido infundadamente descalificado por el Tribunal A quo, dice el testigo que Carlos Humberto Llanos Abendaño antes de que sea asesinado le ha manifestado de que Carolina Llanos y Galo Lara le ha amenazado de muerte, tenemos el testimonio de Klever Wladimir Ramírez Pazmiño, quien indica que Carlos Llanos Abendaño, días antes de su muerte le ha comentado que está siendo amenazado por Carolina Llanos y Galo Lara, igualmente se debe considerar el testimonio de Klever Romero Barragán, quien ha indicado que Carlos Llanos recibía amenazas de carolina Llanos y Galo Lara, de los testimonio se los acusados Llanos y Lara consta la relación que existe entre ellos, se cuenta con el testimonio de Adolfo Mauricio Zaldumbide quien indicó que realizaba depósitos y transferencias a la cuenta de Carolina Llanos por disposición de Galo Lara Yépez, dice que es esposo de María Elena Cisneros, titular de la cuenta desde la que se hacían las transferencias, hace conocer que él hizo transferencias por disposición de Tito Galo Lara Yépez los días 3 y 4 de agosto del 2011, es decir un día antes de ocurrido los hechos materia del presente proceso penal, y el día de los acontecimientos realizó dos transferencias desde esa cuenta por montos de mil y dos mil seiscientos dólares, se cuenta con el testimonio de María Elena Espinoza Cisneros, quien es esposa del anteriormente citado quien dice ser titular de la cuenta de su conyugue realiza las transferencias a la cuenta de Carolina Llanos por disposición de Tito Galo Lara Yépez, estos testimonios deben ser valorados como prueba en contra del acusado, pues son indicios de su participación en el ilícito materia del presente proceso penal, el hecho de que existan depósitos en su cuenta por tres mil seiscientos dólares el día anterior y el día después de ocurridos los hechos son indicios ciertos de la participación del acusado, más si tomamos en cuenta que el homicidio de la familia Llanos Parco se había hecho mediante promesa de pago, y quien a ofrecido pagar ha sido Carolina Lanos, según se desprende de la versión del Sargento Ernesto Aguilar Macías y que ya se había pagado vinco mil dólares de un total de treinta mil a los autores materiales del asesinato según la versión de Bolívar López Santana y que quien pagaba ese dinero era Carolina Llanos, la defensa no ha justificado el destino que ha dado a los montos del dinero trasladados a la cuenta de Geomar carolina Llanos por parte del señor Adolfo Zaldumbide desde la cuenta de su mujer María Espinoza Cisneros por pedido de Tito Galo Lara Yépez, consta además que existen cheques girados por el acusado y cobrados por Gilbert Gualberto Llanos Romero, uno por tres mil quinientos cobrado el 4 de agosto del 2011, y otro por cinco mil dólares cobrado el día 5 de agosto del 2011, sin que tampoco se haya podido justificar el destino de esos dineros, Gilbert Llanos Romero, hermano de Carolina Llanos también ha sido acusado en este proceso penal, pero por encontrase prófugo su tramitación con respecto a su situación jurídica también está suspendida, como vemos una vez que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con el análisis en conjunto de todo el recaudo probatorio en conjunto encontramos suficientes indicios que se relaciona con el asunto materia del proceso, son claramente concordantes entre sí y nos llevan de forma lógica a una sola conclusión, esto es la participación del acusado del ánimus soci del acusado en el delito tipificado en el artículo 450 del Código Penal con las circunstancias determinadas en los numerales 1, 2, 3, 4, y 5 siendo cómplice, ya que su participación como hemos visto se desprende de actos realizados con anterioridad a la ejecución del delito, no siendo su cooperación indispensable o necesaria, pero es evidente que con la entrega del dinero prestó ayuda previa que con la comisión de un delito conforme a las amenazas perpetradas quería que ocurra, pero del cual no fue el autor material, pero que con su conducta favoreció para la consumación, por ende no tuvo dominio del hecho pero indudablemente si participó en el cometimiento pues ha favorecido, facilitado con su acto la realización del crimen resultando entonces que su conducta debe ser castigada más levemente que la de los autores materiales y la autora intelectual, tal como manda nuestro Código Penal en los artículos 43 y 47. (énfasis nos corresponde)

66. Transcrito en esencia los hechos declarados como probados por el Tribunal de apelación y determinado su ejercicio de adecuación jurídica respecto del sentenciado Galo Lara Yépez se tiene que la conclusión a la cual arriba respecto de aquel es que entregó los dineros para la comisión

del crimen así se califica la conducta dentro del grado de complicidad y se liga directamente a los hechos que sirvieron para acreditar en su momento la conducta del ahora inocente ciudadana Carolina Llanos, pues los dineros que se depositaron a la cuenta de la revisionista por parte del ciudadano Galo Lara Yépez y los cheques girados a favor de Gilbert Llanos Romero fueron los que –a criterio del Tribunal de apelación sirvieron para pagar a los autores materiales del crimen, hechos que han sido declarados como no probados en la sentencia respectiva y que rompió el vínculo jurídico y fáctico que sostenía también la responsabilidad del ciudadano Galo Lara Yépez.

67. De aquello tenemos que de lo analizado no se desprende motivo alguno que impida aplicar sobre el hecho concreto esta actividad recursiva en materia procesal penal, tanto más que se encuentra plenamente garantizada y mientras no se limite por ley deberá interpretarse de forma que más garantice el ejercicio pleno de los derechos proclamados en la Constitución de la República del Ecuador.

68. Escaparía a la lógica mantener vigente una resolución que aunque ejecutoriada se sostiene en premisas que se suprimieron a través del recurso de revisión interpuesto por la ciudadana Carolina Llanos quien en su momento fue declarada autora intelectual, y que lograron la restitución de su estado de inocencia, por lo que a través de su actividad recursiva es viable otorgar el efecto extensivo, toda vez que como se puede apreciar, este Tribunal de revisión al restituir el estado de inocencia de la ciudadana Carolina Llanos no se fundó en motivos exclusivamente personales (culpabilidad, si cometió error de prohibición o de tipo, si estuvo o no en el lugar de los hechos, etc.), sino que al contrario fue una nueva realidad jurídica procesal la que llevó a este Tribunal a declarar procedente su recurso, en tal virtud, los efectos del recurso deben beneficiarle al no recurrente Tito Galo Lara, habida cuenta, que su responsabilidad estaba ineludiblemente ligada a las acciones que se le atribuían a la ciudadana Carolina Llanos, de tal forma que al suprimirse esta responsabilidad no puede subsistir tampoco la del ciudadano antes nombrado.

69. En este sentido el artículo 75 de la CRE garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita, de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, lo cual guarda armonía con el artículo 76. 1 ibídem, en donde le corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, materializando así la tan anhelada justicia, toda vez, que el efecto extensivo de los recursos es una institución jurídica que forma parte del derecho de impugnación aplicable en materia penal, que garantiza que una sentencia que se ha considerado errada sea en los hechos o en el derecho, pueda beneficiar incluso a quien no recurrió de ella, máxime que en un Estado democrático no se puede tolerar la injusticia.

c. Aplicación del efecto extensivo respecto de los condenados no peticionarios.

70. Consta del acta de audiencia que en su intervención la Defensoría Pública, compareció a la diligencias en representación de los no recurrentes y señala sin mayor análisis que considera debe aplicarse el efecto extensivo respecto de los ciudadanos José Veliz Sánchez, Carlos Alberto Guaray Vargas, Juan Fernando Rodríguez Lavayen, en caso de existir argumentos o encontrarse sus defendidos en la posición que mantiene el peticionario. Ante este escenario debe existir un pronunciamiento sobre la actuación de la Defensoría Pública respecto de los condenados no recurrentes.

71. En efecto el artículo 76.7 de la CRE reconoce que el derecho a la defensa constituye un eje fundamental del debido proceso. Bajo este precepto la Corte Constitucional en sentencia N.02410 SEP-CC ha señalado:

> " … el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente en el proceso puesto que de otro modo no se garantiza el derecho a las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa" .(énfasis no corresponde al texto)

72. El artículo 76.7.g) de la CRE señala como derecho a la defensa el ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público, en el caso, siendo notificados de forma oportuna los sujetos procesales para el día y hora de la audiencia de fundamentación del recurso de

revisión, los condenados no recurrentes no presentaron defensa particular por lo que se prosiguió con la designación de un defensor de oficio, a fin de que intervenga en razón de sus intereses.

73. Escuchada la intervención de la revisionista en audiencia de fecha 21 de septiembre de 2021, Defensoría Pública, que actuaba inclusive como defensa del condenado no recurrente Tito Galo Lara Yépez aseveró que ha asistido para velar por los derechos de los sujetos procesales, se ha escuchado y se ha nombrado en varias ocasiones al señor Véliz y al señor Cedeño, sin embargo la situación jurídica de ellos han sido sentenciados y su participación en el presente delito no han sido afectados sus derechos, como tampoco se considera que se han afectado los derechos de los demás sentenciados.

74. Ahora bien, señalada la audiencia para conocer la aplicación del efecto extensivo, como efectivamente se hace en el presente caso, quien fue designado como defensor público asegura, sin mayor análisis, que en caso de existir argumentos o condiciones similares debe aplicarse a los demás condenados no recurrentes.

75. Mediante esta precisión se busca dejar en evidencia que a pesar de la falta de argumentos del defensor para sustentar la aplicabilidad del efecto extensivo, según los postulados declarados en líneas anteriores esto no resta de forma alguna que se garantice el pleno ejercicio de sus derechos, y que se emita un pronunciamiento en tal sentido.

76. En fin, revisando no solo la aplicación del efecto extensivo a favor del ciudadano Tito Galo Lara Yépez, sino también las razones por las que se aceptó el recurso de revisión que restituyó el estado de inocencia de Carolina Llanos Romero, este Tribunal estima que la desvinculación jurídica de las razones en las que se apoyó la sentencia de condena dictada respecto de los prenombrados, permitió desacreditar su responsabilidad penal dentro del presente caso en calidad de autora intelectual y cómplice, sin que se establezcan argumentos que desacrediten la materialidad de la infracción ni la responsabilidad penal de los condenados no recurrentes, por lo que no resulta aplicable el artículo 327 del CPP.

VIII. DECISIÓN

77. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, por decisión unánime y al tenor del artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha resuelve:

1. Declarar que la sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, las 17h04 por este Tribunal de Revisión en la que se restituye el estado de inocencia de la ciudadana Geomar Carolina Llanos Romero, tiene efecto extensivo para el sentenciado no recurrente Galo Tito Lara Yépez por cuanto conforme se deja establecido en líneas precedentes, las razones que acreditaron su participación en calidad de cómplice derribaban directamente de la conducta atribuida a la ciudadana declarada inocente.

2. En consecuencia, de conformidad con lo determinado en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, se aplica el efecto extensivo de los recursos, y se restituye el estado de inocencia del sentenciado Galo Tito Lara Yépez, para lo cual se levantarán todas las medidas cautelares personales o reales que se hayan dictado en su contra, debiendo dejarse constancia que la boleta de excarcelación fue girada en el presente caso.

3. No existen motivos que permitan establecer la aplicación del efecto extensivo respecto de los condenados no recurrentes José Veliz Sánchez, Carlos Alberto Guaray Vargas, Juan Fernando Rodríguez Lavayen conforme se deja anotado en líneas anteriores.

4. Devuélvase el procesado al tribunal que dictó al fallo para los fines pertinentes.

f) Dr. Byron Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, CONJUEZA NACIONAL (E); Dr. Luis Adrian Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E).

XII

Juicio Nro. *15281-2016-00841*
Resolución Nro. *1186-2021*
Fecha: *martes 23 de noviembre del 2021, las 15h12*

TEMA: Determinación de la afectación psicológica en un delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de una persona, en calidad de autor del delito de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipificado y sancionado en el artículo 157 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que habría existido una situación de jerarquía o dominación del procesado sobre la víctima, constituyéndose en una manifestación de poder al haber aquella sufrido perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación y aislamiento, mediante insultos, expresiones ofensivas, reclamos, forcejeos y empujones, categorías determinadoras de la conducta típica.

En el presente caso se discute como la afectación psicológica, aunque comprenda actos aislados e individualmente irrelevantes para el delito, deben ser comprendidos en su totalidad como parte del círculo de violencia que sufre la víctima y que resulta en un daño que anula el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la misma.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Napo declaró la culpabilidad del procesado, por haberse probado que la víctima fue humillada e insultada en repetidas ocasiones. En este sentido, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra de N. P. M. H., en calidad de autor del delito de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipificado y sancionado en el artículo 157 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole las sanciones de pena privativa de libertad de 6 meses y multa y una reparación integral a favor la víctima.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, en virtud del recurso de apelación planteado por el procesado, confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. El tribunal considera que la víctima, al momento de convivir con el procesado, sufrío perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación y aislamiento, categorías determinadoras de la conducta típica, conluyendo que las pruebas producidas y aceptadas en el juicio son sufcientes para determinar y ratificar la existencia del delito y la culpabilidad del procesado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 15281-2016-00841

Juez Ponente: Dr. Walter Samno Macías Fernández

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, martes 23 de noviembre del 2021, las 15h12.

VISTOS.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el abogado Walter Samno Macías Fernández, Juez Nacional; abogado Byron Javier Guillen Zambrano, Juez Nacional; y, doctor Lauro Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, quien interviene por excusa de la doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional.

Instalada la audiencia el 18 de octubre de 2021, las 11h00, la Sala examinó la fundamentación oral del recurso de casación efectuada por el procesado; escuchó la contradicción de los sujetos procesales; y, luego de la deliberación emitió pronunciamiento oral.

Es Ponente el señor Juez Nacional Walter Samno Macías Fernández, quien expresa la posición de la Sala.

I.- ANTECEDENTE:

1.1.- El Tribunal de Garantías Penales de la Provincia de Napo, mediante sentencia emitida el 06 de noviembre de 2017, las 10h43, declaró la culpabilidad del señor Napoleón Patricio Meza Hidalgo por el delito de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipificado y sancionado en el artículo 157 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole las sanciones de pena privativa de libertad de 6 meses, multa de 4 salarios básicos unificados del trabajador en general; y, determinó la obligación de cancelar el valor de 6.000,00 dólares por concepto de reparación integral a la víctima.

1.2.- La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, por sentencia dictada el 2 de octubre de 2019, las 14h41, rechazó el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

Mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2019, el procesado interpuso recurso de aclaración, el cual fue resuelto por auto dictado el 18 de octubre de 2019.

1.3.- Por escrito presentado el 28 de octubre de 2019, el Napoleón Patricio Meza Hidalgo interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de Apelación.

1.4.- Remitido el proceso a la Corte Nacional de Justicia, este fue recibido 12 de noviembre de 2019, las 12h37; y mediante el sorteo practicado el 12 de diciembre de 2019, las 10h23, se determinó el Tribunal competente, quedando integrado por el doctor Iván León Rodríguez, Juez Nacional encargado en calidad de Ponente, doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional encargado; y, doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional, quien se excuso de la causa el 4 de enero del 2020, en virtud de lo cual, mediante acta de sorteo realizada por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se designó al Dr. Javier de la Cadena Correa en su reemplazo.

No consta que se haya dictado ninguna providencia de sustanciación.

1.4.- En virtud del proceso de renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, mediante resorteo efectuado el 18 de mayo de 2021 se designó el Tribunal de esta Sala que actúa en la presente decisión.

Mediante auto dictado el 27 de julio del 2021 se declaró la admisibilidad e inadmisibilidad parcial del recurso de casación.

La audiencia de fundamentación del recurso de casación se desarrolló el 18 de octubre de 2021, las 11h00.

II.- COMPETENCIA:

Esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado, en aplicación de lo previsto en los artículos 76 numeral 7 literal k, 167, 168 numeral 3, 172, 178 numeral 1,184 numeral 1 de la Constitución de la República; 7, 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 398, 400, 656, 657 del Código Orgánico Integral Penal.

III. VALIDEZ PROCESAL:

De la revisión del proceso, consta que se ha sustanciado conforme las normas de procedimiento previstas, no se aprecia indefensión o vulneración de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (artículo 75 y 76 CRE). Se examinó de forma oral que no existe motivo para declarar la nulidad procesal; por lo tanto, el proceso es válido y así se lo declara.

IV.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES:

A la audiencia de fundamentación del recurso de casación comparecieron los siguientes sujetos procesales: **a)** El procesado recurrente señor Napoleón Patricio Meza Hidalgo, patrocinado por la defensora pública abogada Lolita Montoya Moreta; **b)** La Fiscalía General del Estado a través de su delegada doctora Zulema Pachacama Nieto; **c)** La víctima E.M.A.M., asistida por su defensor técnico Dr. Nayo Vivanco Criollo.

4.1.- El procesado Napoleón Patricio Meza Hidalgo por intermedio de la defensora pública, como fundamentación del recurso de casación, en lo esencial, sostuvo:

En el auto de admisión se aceptó el primer cargo casacional propuesto por la defensa, esto es la indebida aplicación del Art. 157.2 del COIP, cuando debió aplicarse en este caso el Art. 5.3 del COIP, y el Art. 76.2 de la CRE.

Alega que la parte de la sentencia en donde se encuentra el yerro por parte del Tribunal de apelación de la Corte Provincial de justicia del Napo, es en los considerandos 2, 3 y 4 de la sentencia.

Cuando habla de una indebida aplicación del Art. 157.2 del COIP, sin que se vuelva a valorar los hechos y la prueba, se debe determinar en primer lugar, como lo dice la jurisprudencia cuando los hechos no se apegan a la norma que escogió el juzgador, existe una indebida aplicación.

Los hechos facticos que se dan como probados en la sentencia son que la víctima, señora E.A., ha sido humillada por el Ing. Patricio Meza, quienes mantenían una convivencia a decir de ella, pero de la prueba documental que se presenta en la audiencia de juzgamiento se puede establecer que la señora mantenía una unión de hecho con otra persona, es tanto así que ella dice que, en tres ocasiones, el señor Patricio Meza en presencia de varias personas le insultó, pero cuando se recepta los testimonio, se difieren los hechos de la norma que escogió el juzgador, se recepta testimonios de varias personas, en primer lugar se establece como hecho que ella en la ferretería que mantenía con el señor Ing. Patricio Meza había sido humillada y que le había insultado, que le grito y le alzo la voz; hay un segundo momento cuando dice la victima que viajaba a la ciudad de Quito, la señora en compañía de su amiga fue insultada por el señor Patricio Meza, y que dice esta persona que fue llevada como testigo presencial de los hechos que no recuerda lo que le dijo, que no pudo escuchar lo que le dijo, que simplemente observo que le alzo la voz, los empleados de la ferretería dicen lo mismo; dicho esto, sin que se vuelva a valorar la prueba y los hechos, el juzgador aplica el Art. 157.

La violencia psicológica tal como lo tipifica el COIP, debe reunir ciertos requisitos, en este sentido la Corte Provincial de Justicia hace un análisis y dice que para ellos están cumplidos todos los requisitos del Art. 157, porque el señor le ha proferido ciertas palabras que por respeto no repite, entonces la palabra más fuerte que supuestamente el Ing. Patricio Meza le dice a la señora E.A., no me molestes hija de […], en este sentido la Corte Provincial de Justicia, manifiesta que el recurrente no tiene derecho a que sea revisada su denuncia, porque el presento una denuncia previa en el mes de julio, antes de que la señora E.A., tal como lo dice la propia víctima en su testimonio, que ella presento esta denuncia en contestación a la denuncia de violencia que había presentado m el Ing. Patricio Meza, también se pronuncia la sala y dice que no se puede valorar la prueba, ya que a Fiscalía compareció la psicóloga, la psiquiatra y esta obedeció que el sí presenta una violencia grave, una afectación grave.

Cree que con todo el acervo probatorio el juzgador no ha podido llegar al convencimiento, puesto que como se lo manifestó en el cargo casacional, existe la indebida aplicación de la norma, debiendo aplicarse el Art. 5.3 del COIP, esto es duda a favor del reo; en ese sentido, no llega al convencimiento de que efectivamente la conducta de su defendido, por los actos que se dan como probados en esta sentencia se encuadran en el tipo penal del Art. 157.

La CRE, en el Art. 76.2 habla del principio de presunción de inocencia y sostiene que esta tienen la facultad de estudiar esta sentencia y establecer

que tal como lo dice esta defensa los juzgadores incurren en un error de derecho por indebida aplicación del Art. 157.2 del COIP; y, en este caso se debió aplicar el art. 5.3 del COIP, que tiene relación con el art. 76.2 de la CRE, ya que su defendido demostró en la audiencia de juzgamiento, la misma que después fue valorada por los jueces de instancia por efectos del recurso de apelación, porque con los hechos planteados por la víctima que fue la única persona que refiere esto, ya que en la entrevista que tuvo con la Psicóloga y con la Trabajadora Social no refiere a estas personas. En este sentido solicito que case esta sentencia y que sea ratificado el estado de inocencia del señor Patricio Meza Hidalgo

4.2.- La Fiscalía General del Estado, por intermedio de su delegada doctora Zulema Pachacama Nieto, en su ejercicio de contradicción, en síntesis, expresó:

El recurso de casación interpuesto y fundamentado en esta audiencia de la sentencia dictada por la sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justica del Napo de fecha 2 de octubre del 2019. Las 14h41, ha sido aceptado por el Tribunal de casación por la indebida aplicación del Art. 157.2 del COIP, que como ya se refirió la abogada del procesado recurrente claramente esta causal señala lo siguiente: el numeral 2 dice (da lectura), al adecuar la conducta del procesado en el Art. 157.2, se le impone la pena de seis meses de privación de libertad.

La defensa técnica del procesado recurrente ha señalado que existe una indebida aplicación de esta norma por cuanto los hechos realizados por parte del procesado recurrente no se adecuan al derecho aplicado; y, que la víctima ha sido humillada, de acuerdo a la prueba documental presentada en la audiencia y que se encuentran detalladas en la sentencia que se está recurriendo, manifiesta que tenía una unión de hecho con otra persona; efectivamente existe una unión de hecho, pero anterior con el padre de los hijos, que la víctima tenía otros hijos con otra persona anterior que la tenía con el hoy procesado recurrente.

La defensa técnica del procesado recurrente manifiesta que los errores de derecho se encuentran en los considerandos 2, 3 y 4 de la sentencia recurrida, si verificamos el considerando 2 encontramos que dice jurisdicción y competencia, el considerando 3 dice validez procesal y el 4 se refiere a las consideraciones o análisis de la Sala, y aquí se encuentra un análisis técnico jurídico por parte de los jueces de apelaciones y en el análisis se encuentra que existe esta unión de hecho con el señor Gonzalo Gabil Grefa Rivadeneira, quien es el padre de los hijos de la víctima como prueba documental, a fs.70 inclusive; **más adelante dice, pero existe prueba documental como la resolución dictada por el Tribunal de la sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo en el juicio No. 2016-882 por declaratoria de Unión de hecho donde se aprueba el acuerdo alcanzado por los sujetos procesales víctima y procesado señor Napoleón Meza, quienes constituyeron unión de hecho; la defensa técnica del procesado dice que la víctima ha sido humillada, pero del proceso no se encuentra prueba documental alguna sobre la unión de hecho con otra persona, terminado de leer el análisis de los jueces de instancia.**

Dice también que los testimonios difieren de los hechos, por lo tanto la norma no tiene relación con los hechos, encontramos claramente como el Tribunal hace un análisis y dice que los problemas eran por dinero y la testigo Ximena del Rocio Salinas, quien manifiesta que era cliente de la ferretería, ha llegado una ocasión a cancelar una deuda y que ha girado un cheque, Estelita le dijo coja nomas y " allí le dijo eres una gentuza, y que me quitas autoridad, ella se agacho y le salieron las lágrimas" .

Es importante en esta etapa que no se puede valorar la prueba; sin embargo, de ello, y únicamente por efectos de contradicción me estoy refiriendo a la prueba que se encuentra desarrollada y analizada jurídicamente por los jueces de instancia, llegando a concluir, más allá de cualquier duda de que la conducta del procesado hoy recurrente, se adecua jurídicamente a la norma que se ha admitido en la época correspondiente aplicada por los jueces del tribunal de apelaciones conforme al Art. 157. 2 del COIP, posterior se dice por la parte de la defensa técnica del procesado, que se presentó una denuncia por parte del hoy procesado por el mismo delito él tendría una afectación, que inclusive los jueces de instancia hacen un análisis jurídico, posteriormente hacen el análisis de los elementos del tipo penal y concluyen que se ha cumplido con todos aquellos para terminar adecuado la conducta a la norma jurídica con la cual

ha sido sentenciado el hoy procesado recurrente.

La Fiscalía llega a determinar que no existe la indebida aplicación del Art. 157.2 del COIP; por tanto, tampoco se puede aplicar el Art. 5.3 del COIP, más aún el 76.2 de la CRE, toda vez que los jueces con su experiencia y valoración jurídica han llegado a destruirla presunción de inocencia de parte del hoy recurrente. Al no haberse llegado a demostrar en esta audiencia un error jurídico en la sentencia que se está recurriendo, Fiscalía solicita que se declare improcedente este recurso de casación.

4.3.- La víctima E.M.A.M. a través del defensor Dr. Nayo Vivanco Criollo, señaló:

La defensa técnica del procesado se ha limitado a indicar la prueba presentada ante la etapa de juicio en este proceso, aunque no lo dijo; es decir, pretende que ustedes valoren nuevamente la prueba, dice no pretendo, pero sin embargo habla de la prueba, cosa que esta instancia no es factible, dice que hay indebida aplicación del Art. 157, pero explica de manera lógica y razonada el hecho por el cual no se ha aplicado, como no le conviene no habla de la experticia psicológica que obra dentro del proceso, en la cual la psicóloga establece que hay daño psicológico moderado, no solamente son los testimonios ni el testimonio anticipado de la víctima, sino que el informe psicológico que complementa en todo su contexto la comisión del delito.

Expresa que no se ha demostrado que hay indebida aplicación al haber aplicado el Art. 157.2, porque se basa exactamente en la experticia psicológica que establece la psicóloga que realizo esta experticia que dijo la señora de la iniciales EMAN, de acuerdo a los exámenes realizados, las preguntas y los test psicológicos, presenta daño moderado, es por eso que los señores jueces de instancia de la sala Multicompetente de Napo, establecen que no procede el recurso de apelación, es por eso que digo que no procede al haberse explicado que indebidamente se ha aplicado el Art. 157. 2 del COIP, desechen este recurso de casación.

Además, al haber presentado recurso de casación, el procesado está incumpliendo el acuerdo conciliatorio que se llegó en el proceso civil en el juicio No. 15951-2016-00882, el cual termino por acuerdo conciliatorio, , en el numeral 4 de la resolución dictada con fecha 7 de julio del 2017, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial (las partes una vez que han arribado a un acuerdo conciliatorio, la víctima y el procesado Ing. Napoleón Meza Hidalgo, en forma libre y voluntaria sin presión de ninguna naturaleza, al no presentar ninguna otra acción dentro de los campos administrativos civil, laboral o penal); esto fue lo aprobado mediante resolución dictada por la sala Multicompetente, ha incurrido en fallar contra el acuerdo conciliatorio, de allí que además de no haberse probado la indebida aplicación, tiene su derecho a presentar su recurso de casación, pero si ya lo manifiesta en un acuerdo conciliatorio, en materia civil que no se va a presentar ninguna clase de proceso, sigue presentado estas situaciones, entonces vemos que ha fallado contra una resolución dictada por los señores Jueces dela Sala de Justicia Multicompetente del Napo, con estos argumentos, solicito se deseche el recurso de casación por improcedente.

En su debida oportunidad los sujetos procesales ejercieron su derecho a la réplica.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La defensa de la persona procesada, en la fundamentación de su recurso de casación, cuestiona que la conducta del procesado no se adecúa a la tipicidad exigida por el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal. Sostiene que la indebida aplicación de esta norma ocurrió porque la Sala de apelación debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República, así como el artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal.

Si se plantea que la conducta no satisface la tipicidad exigida por la ley, pero la Sala de apelación dictó sentencia condenatoria, el cargo corresponde a contravención expresa; pues, para la indebida aplicación deben exponerse dos normas sustantivas. La fundamentación efectuada en este caso no se orientó en esa línea; sin embargo, encontrándonos en fase de sentencia, no cabe dictar un pronunciamiento liminar, sino la expedición de una decisión de fondo.

La defensora pública es consciente de la facultad y límites de esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia para resolver la impugnación que plantea, así como de la naturaleza del recurso de casación.

Como decíamos en el auto dictado en este mismo proceso el 27 de julio de 2021, la ley determina que "[n]o son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del

caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba" (Cursiva fuera del original, Art. 656 COIP), de manera que la impugnación de indebida aplicación del artículo 157.2 del COIP, debe resolverse partiendo de los hechos declarados probados, sin que exista la posibilidad de modificarlos o de volver a considerar las pruebas para efectuar una nueva valoración. Así lo hemos dicho en otra oportunidad; y, nos reiteramos ahora:

La técnica casacional exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto de los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de juridicidad, de tal manera que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

El absoluto respeto de los principios de inmediación y contradicción (Arts. 75, 76.7.h y 168.6 CRE), hacen imposible acceder a la solicitud del recurrente. Así, cuando en un recurso se plantean cuestiones de hecho vinculadas a la valoración de pruebas de las que depende la condena o absolución del acusado, su determinación queda delimitada a la segunda instancia, cuyos jueces han tomado conocimiento de dichas pruebas.

[…]

Es verdad que existe una consolidada práctica procesal de litigio, que acudiendo a un inadecuado uso del recurso de casación, supuestamente plantea distintas cuestiones normativas (como la contravención de la norma prevista en el Art. 5.3 del COIP que exige el convencimiento más allá de toda duda razonable, el Art. 455 del COIP que prevé el nexo causal o el Art. 457 del COIP que prevé los criterios de valoración); pero, su argumento tiene el propósito, aunque sea encubierto, de irrespetar los hechos declarados probados, proclamados por la convicción psicológica de la instancia que interpretó y valoró las pruebas. A menudo los recurrentes no proponen una modificación sustancial de los hechos probados, pero a veces de forma sutil prescinden de ciertos hechos o condicionan las conclusiones que ha declarado el Tribunal Adquem a la valoración favorable de ciertas pruebas[1].

Debemos agregar que en aplicación de la norma constitucional que reconoce que sólo se puede juzgar a una persona ante autoridad competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento (Art. 76.3 CRE), el ordenamiento jurídico reserva la valoración de las pruebas a los tribunales de juicio y el control de dicha valoración a las Salas de apelación mediante un recurso ordinario como es la apelación (Art. 178 CRE); se limita a esta Sala al control de legalidad del fallo dictado en apelación (Art. 184.1 CRE y 10 COFJ).

Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que esta Sala "solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia a la luz de los hechos acreditados en la etapa procesal correspondiente, sin que el Tribunal de Casación se encuentre facultado a realizar una nueva apreciación de la prueba"[2].

Estamos conscientes que cierta doctrina –quizá mayoritaria– se manifiesta con fervor para que la casación asuma el control sobre el valor de las pruebas, así como la confirmación o modificación de los hechos declarados probados en función de un control de legalidad. Otros ordenamientos jurídicos han compatibilizado ese control con la técnica casacional e incluso en nuestro propio ordenamiento existe apertura ese control en materias no penales (268.4 COGEP); sin embargo, en respeto de la seguridad jurídica (Art. 82 CRE) y teniendo presente las facultades del legislador en materia penal esa posibilidad no existe.

Los hechos declarados probados en la sentencia de apelación son:

> […]
>
> En el presente caso, podemos indicar que el sujeto activo es la persona que realiza la acción que se determinará si es típico, antijurídico y culpable, el cual, dentro del tipo analizado, se establece que puede ser cualquier persona que conforma el núcleo familiar; que con su accionar haya adecuado su conducta de tal forma que se configure el delito de violencia psicológica moderada contra la mujer o miembros del grupo

[1] Proceso No. 17270-2014-1797, sentencia de 14 de junio de 2021.
[2] Sentencia No. 2170-18-EP/20, de 29 de julio de 2020.

familiar, considerando al sujeto activo a la persona que "cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones", en el caso tenemos que el señor NAPOLEÓN PATRICIO MEZA HIDALGO, mantenían una relación de pareja con la victima [E.M.A.M.], constituyéndose parte del núcleo familiar "a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación", en tal sentido revisamos el elemento del tipo que es su calidad de sujeto activo, al ser pareja sentimental de la víctima, en la audiencia se refirió a que la señora [E.A.] mantenía una unión de hecho constituida en la Notaría de Arosemena Tola con el señor Gonzalo David Grefa Ribadeneyra, quien es el padre de los hijos de la víctima, (prueba documental foja 70 y siguientes expediente de primer nivel), pero existe prueba documental como la resolución dictada por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, en el juicio No 15951-2016-00882, por declaratoria de unión de hecho, donde se aprueba el acuerdo alcanzado por los sujetos procesales víctima y el procesado señor Napoleón Meza, quienes constituyeron su unión de hecho, prueba que es concordante con los testigos que participaron en la audiencia de juicio, confirman que la relación sentimental con los sujetos procesales duró desde el año 2011 hasta el 06 de junio del 2015, concluyendo que existió esa relación sentimental que importa para que se constituya la vulneración al tipo penal en discusión.

Conocemos que la acción, como primer elemento del tipo, es el acto penalmente relevante, el elemento de hecho, inicial y básico de la infracción penal, tenemos que la perito psicóloga Clínica Erika Valeria León Toapanta en su testimonio manifestó que evalúo a la víctima y como conclusiones "se determinó que la señora tenía signos de trastorno ansioso depresivo se debía a la violencia psicológica desde 2014", afirmando que "el riesgo se evaluó con el protocolo de la escala de S.A.R.A. y el riesgo es moderado", y se debía a su convivencia como pareja con el procesado, la trabajadora social Magaly Lissette Ponluisa Escalante, afirma que como perito ha realizado la valoración social de los señores [E.A.] y Patricio Meza, por separado y que pese al tiempo que convivieron como pareja no aprendieron a conocerse, "tuvieron acuerdos entre ellos y al no cumplirse el señor Meza se sentía despojado de los bienes materiales y eso desembocó en los problemas y han tenido varios trámites legales", afirma que cuando empezaron la relación el procesado era caballeroso y cariñoso pero había momentos en que si alguien le miraban a la víctima le decía "hija de puta", dice que los problemas eran por dinero y la testigo Ximena del Rocio Salinas quien dice que era cliente de la ferretería y ha llegado una ocasión a cancelar una deuda y que ha girado un cheque para un mes y el procesado cogió el cheque y le reclama que es para más del mes y "la Estelita le dijo cójale no más y allí le dijo eres una gentuza que me quitas autoridad, ella se agachó y se le salieron las lágrimas", afirma que la ferretería era de la víctima antes que comiencen la relación de pareja con el procesado, la señora Silvia Carlota Rivadeneyra Lara, afirma que estaban viajando de Quito a Tena en compañía de los sujetos procesales y la víctima recibió una llamada del hijo preguntando si podía bajar el precio de los materiales a lo que la víctima respondió afirmativamente y "ahí él se puso furioso, yo no le conocía en ese plano, él le reclamó porque le dijo que él tenía que decidir, le reclamó grosero, le dijo que a él tenían que llamarle", y la testigo le ha preguntado porque se portó así y la víctima le respondió "que no era la primera vez que se portaba así", afirma que en la oficina le contaba los problemas que

ella, antes de esa relación era más amistosa y cambio ya que su pareja "le prohibía cosas, ya no quería salir", llegaba a la oficina del MIDUVI donde trabajaban juntas y lloraba unas tres veces, afirma que la víctima renuncio de su trabajo; se cuenta con el testimonio anticipado de la víctima quien dice haber vivido varios episodios de violencia, y el maltrato inicio cuando le propuso matrimonio, pero ella accedió con la condición que realicen capitulaciones matrimoniales o separación de bienes y es ahí cuando el procesado explotaba, recuerda que su última agresión fue testigo su segundo hijo, donde ella le encontró entregándole dinero a su hijo Adrian Meza (hijo del procesado), le empujó y forcejearon y le mando lejos, dice que aperturaron una libreta de ahorro para imprevistos de los dos y ese dinero no podían utilizar pero se sacó el procesado todo el efectivo y la agresión que más recuerda era un día cuando estaban por el Chuquitos (sector suburbano de Tena) donde manejaba agresivo como loco y golpeaba el auto, frenó tanto que la víctima se fue contra el tablero y la cabeza quedo cerca del parabrisas y se puso a llorar, y el manifestó "ven y maneja voz hija de puta", dice que todo el tiempo le decía "gentuza, estúpida, chola"
[…] [3]

5.1.- Núcleo familiar.

En la fundamentación del recurso de casación, la defensa del procesado manifestó que la sentencia se basa en que la víctima E. M. A. y el procesado Patricio Meza mantenían convivencia; pero cuestionó que, la víctima mantenía una unión de hecho con otra persona. Aunque el cuestionamiento no se centra en el cargo planteado, no le asiste la razón al recurrente.

El núcleo familiar en materia penal se encuentra definido en la ley penal. El Código Orgánico Integral Penal establece:

> Se consideran miembros del núcleo familiar a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación. (Art. 155 inciso segundo COIP).

Tradicionalmente el derecho ha reconocido como parentesco legal, el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad; no obstante, está claro que, a los efectos penales, el núcleo familiar trasciende esa determinación. La ley ha definido cada uno de los aspectos en los que, a los efectos de estos delitos, debe considerarse al procesado y a la víctima miembros del núcleo familiar.

Revisada la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, dictada el 2 de octubre de 2019, consta que el recurrente basó su apelación en que la víctima tenía unión de hecho con el padre de sus hijos conforme consta de la Declaración realizada en la Notaria del cantón Arosemena Tola; y, sostiene que la víctima y el procesado "tenían una relación esporádica".

La sentencia de apelación en el considerado 4 tiene por probado que el procesado y la víctima "mantenían una relación de pareja"; el procesado es sujeto activo del delito "al ser pareja sentimental del delito" e incluso considera la sentencia dictada en el proceso No. 15951-2016-00882 donde el procesado y la víctima acordaron haber mantenido unión de hecho, de manera que considera probado que la "relación sentimental con los sujetos procesales duró desde el año 2011 hasta el 6 de junio de 2015".

Si tenemos presente que el núcleo familiar en materia penal no se reduce al parentesco legal, aunque la relación entre el procesado y la víctima haya sido esporádica existe núcleo familiar, ya que

[3] Si bien en la sentencia de instancia la redacción no contiene separación de párrafos, la Sala ha optado por separarlos a fin de facilitar la lectura. También hemos considerado necesario identificar a la víctima en abreviaturas para evitar una exposición innecesaria de su identidad.

dentro de los supuestos se prevé la situación de las personas que han mantenido vínculos **íntimos** o afectivos. En este caso se satisface estos supuestos. Al margen de lo expuesto, consideramos oportuno precisar que el delito de violencia psicológica puede cometerse en dos ámbitos: i) contra la mujer; y, ii) contra los miembros del núcleo familiar. Esto debe entenderse en el sentido de que, al margen de la existencia de núcleo familiar penal, cualquier mujer puede ser víctima del delito, aunque no precisamente se encuentre en la circunstancia descrita en el artículo 155 inciso segundo del COIP. La cuestión planteada debe rechazarse.

5.2.- Tipicidad de los hechos declarados probados.

En la fundamentación, la defensora pública cuestiona que los hechos probados satisfagan la tipicidad exigida por el artículo 157.2 del COIP.

Debemos iniciar precisando que la redacción actual del artículo 157 del Código Orgánico Integral Penal fue adoptada mediante reforma promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 175, de 5 de febrero de 2018[4]. Aunque esta reforma modificó la tipificación del delito de violencia psicológica, la conducta no ha sido despenalizada. El Código Orgánico Integral Penal, en su redacción vigente al tiempo al tiempo de los hechos e inicio de proceso penal, prescribía:

> **Art. 157.- Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.-** La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones, será sancionada de la siguiente manera:
> […]
> 2. Si se afecta de manera moderada en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, laboral, escolar, familiar o social que cause perjuicio en el cumplimiento de sus actividades cotidianas y que por tanto requiere de tratamiento especializado en salud mental, será sancionada con pena de seis meses a un año.[5]

Resulta oportuno destacar el significado de violencia y la naturaleza de que esta sea psicológica. Etimológicamente, el término violencia proviene de expresión *vis* que significa "fuerza" y *olentus* que se traduce como abundancia; lo cual implica, que a la expresión puede atribuirse las actuaciones o conductas que involucran mucha fuerza. Lingüísticamente, la RAE centra el concepto de violencia en la acción o el comportamiento como un modo de proceder.

Así, la *violencia* puede ser entendida como el uso de la fuerza para imponer la voluntad de una persona frente a otra o para conseguir una finalidad; involucra el comportamiento brusco o la actitud abusiva que produce daño.

[4] Mediante la Disposición Reformatoria Sexta de la Ley s/n, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 175, de 05 de febrero de 2018, el artículo 157 del COIP pasó a tener la siguiente redacción: "Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.- Comete delito de violencia psicológica la persona que realice contra la mujer o miembros del núcleo familiar amenazas, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, hostigamiento, persecución, control de las creencias, decisiones o acciones, insultos o cualquier otra conducta que cause afectación psicológica y será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.
Si con ocasión de la violencia psicológica se produce en la víctima, enfermedad o trastorno mental, la sanción será pena privativa de libertad de uno a tres años.
Si la infracción recae en persona de uno de los grupos de atención prioritaria, en situación de doble vulnerabilidad o con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, la sanción será la máxima pena, aumentada en un tercio."

[5] Mediante Ley s/n publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 526, de 30 de agosto 2021, se adoptó la siguiente redacción del artículo 157 del COIP: "Comete delito de violencia psicológica la persona que busca degradar o controlar acciones, comportamientos, pensamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, manipulación, chantaje, hostigamiento, humillación, o aislamiento, o cualquier otra conducta que cause afectación psicológica, contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.
Si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria, en situación de doble vulnerabilidad o con enfermedades catastróficas o de alta complejidad o, si con ocasión de la violencia psicológica se produce en la víctima, enfermedad o trastorno mental, la sanción será pena privativa de libertad de uno a tres años."

En tal perspectiva, violencia puede emplearse en múltiples escenarios, como por ejemplo armada, social o intrafamiliar; y, alcanzar diversas dimensiones como la física o moral.

En el derecho, la violencia representa un resultado prohibido. Osorio, por ejemplo, dice que comprende la acción de y efecto de violentar, esto es, de "aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia". En ese sentido, no entendemos la palabra violencia como una expresión vacía sino como la materialización de conductas prohibidas.

El término psicológica, por su parte, está relacionado con el estudio de la vida psíquica o de la mente humana. No corresponde profundizar en el ámbito que implica la psicológica, sino que a los efectos de la norma penal debemos señalar que la violencia debe materializarse en la salud psíquica o en la mente humana de la mujer o un miembro del núcleo familiar.

Ahora bien, centrándonos en el delito de violencia psicológica, debemos precisar que la técnica del legislador no es la mejor para la comprensión del delito; sin embargo, ello no impide identificar sus elementos.

La norma penal inicia por identificar el sujeto activo como cualquier persona. Ello tiene su razón de ser, en que la víctima puede ser una mujer sin necesidad de acreditar nexo intrafamiliar o una persona miembro del núcleo familiar, sólo en este segundo caso el sujeto activo será calificado.

Respecto de la conducta que debe considerarse constitutiva del delito. El legislador los identifica varios comportamientos o conductas que satisfacen la tipicidad: actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones.

La siguiente cuestión es el resultado de la conducta tipificada; causar perjuicio en la salud mental de la mujer o miembro del núcleo familiar. Esta previsión del legislador determina que el delito de violencia psicológica debe acreditar un resultado.

En cuanto al resultado, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, el legislador determinó escalas o grados de afectación en la salud mental de la víctima, para los efectos de la aplicación de la pena. Aquí debemos precisar que, en la opción escogida por el legislador, el delito de violencia es uno solo, pero la punibilidad de la conducta del sujeto activo, variaba en función del grado de afectación generado a la víctima.

En lo que interesa al presente caso, el numeral 2 comprende la afectación moderada en la salud mental de la víctima de la violencia. Tal afectación puede comprender el ámbito personal, laboral, escolar, familiar o social; debe generar un perjuicio en el cumplimiento de sus actividades cotidianas y requerir tratamiento especializado.

El resultado típico puede derivar de una sola conducta o de varias conductas ejecutadas por el sujeto activo sobre la víctima, no siendo indispensable que se ejecuten todas ellas para satisfacer la tipicidad establecida por el legislador. Así, por ejemplo, reiteradas conductas de perturbación podrían generar afectación moderada; o este resultado puede devenir de humillaciones, amenazas y chantajes ejecutados de forma simultánea o incluso alternadamente.

Debemos clarificar que la ejecución del delito de violencia psicológica no puede ser entendido como los demás delitos, pues éste puede comprender la ejecución de conductas simultáneas, pero no se limita a ellas; y, también puede derivar de conductas habituales ejercidas o ejecutadas durante un periodo de tiempo. El denominado circulo de violencia es fundamental para señalar que el análisis judicial no puede limitarse a considerar conductas o actos aislados.

El recurrente sostiene que no considera que el acervo probatorio llevara al juzgadore al convencimiento. Debido a que considera que no existe adecuación típica, esa ausencia de convencimiento implica en realidad, una atipicidad de las conductas que se consideran probadas; pues desde otra perspectiva, no puede revisarse el hecho probado.

No tiene razón el recurrente como pasamos a explicar. El procesado ciertamente no cuestiona los hechos, ni niega haber ejecutado las conductas que se consideran probadas. Al margen de ello, la sentencia de apelación realiza un análisis respecto de porque considera probados los hechos, teniendo presente los límites del recurso, estos hechos son inalterables.

El artículo 76.2 de la Constitución de la República, que se invoca como norma de contraste, reconoce como garantía del derecho al debido proceso: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.".

La inocencia como derecho de la persona procesada se encuentra también reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(Art. 14.2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1); y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8.2). Estos instrumentos internacionales resultan aplicables en nuestro país conforme lo previsto en los artículos 11.3, 172 y 426 de la propia Constitución de la República.

La norma constitucional garantiza en el proceso judicial la inocencia de toda persona, lo cual significa que la persona procesada debe ser consideraba en esa calidad e implica que toda persona sometida a un proceso penal no tiene ninguna carga procesal; contrariamente, se impone la carga de demostrar la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado a la acusación. Dicho en otras palabras, no es suficiente para dictar una sentencia condenatoria que la Fiscalía acuse, porque de acuerdo esta norma constitucional, el juez no pude suponer de antemano que los hechos son ciertos y producto de la conducta del acusado; para dictar una sentencia condenatoria, el juez debe valorar, examinar o evaluar que la acusación haya desarrollado actividad probatoria tendiente a establecer que los hechos constitutivos de delito son resultado de la conducta del procesado.

Además, esta norma constitucional obliga a que el juez declare la culpabilidad sólo si la acusación ha probado los hechos y la participación del acusado con fundamento en prueba válida y tiene el convencimiento, ya que sólo así gozará de legitimidad la imposición de la sanción.

El artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal –que también se invoca como norma de contraste– establece la duda a favor del reo como un principio del proceso penal, según el cual "la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.". Entendemos que esta norma fija un estándar sobre el nivel de exigencia que debe aplicar el Tribunal de juicio para considerar o no probados ciertos hechos; y, en base a él, corresponde a la Sala de apelación ratificar o revocar el fallo de primera instancia.

Se trata, en realidad, de una norma intrínseca con la garantía constitucional. Si una persona es inocente, el convencimiento que debe tener el juzgador debe satisfacer un umbral (más allá de toda duda razonable) para dictar una sentencia de condena e imponer las sanciones.

En el presente caso, la sentencia de apelación considera que la víctima al momento de convivir con el procesado sufrió "perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento". Estas categorías son determinadoras de la conducta típica,

Los actos de perturbación comprenden la destrucción o anulación del orden regular de las cosas. Desde la comprensión del delito de violencia psicológica implica las conductas que están orientadas a molestar o alterar a la víctima en su vida diaria o actividades cotidianas.

La amenaza resulta más conocida en el ámbito penal como manifestación del delito de intimidación, entendida como los actos o palabras que hacen entender que se producirá algún mal; no obstante, desde la perspectiva de la violencia psicológica puede consistir en conductas más sutiles.

Por manipulación entendemos la ejecución de conductas orientadas a lograr el control del comportamiento de la víctima, esto es, conociendo la personalidad de la víctima, se despliega un comportamiento orientado a logar cierto tipo de acciones por su parte.

El chantaje se materializa en conductas que exponen una presión o advertencia sobre la víctima; esencialmente, esta manifestación de violencia está orientada con hacer pública cierta información o situación de la víctima.

La humillación consiste en la ejecución de actos ofensivos o denigrantes sobre la víctima, están dirigidos a posicionar a la víctima como alguien inferior.

Cuando se sufre aislamiento como forma de violencia psicológica, se ejecuta conductas orientadas a lograr que quede fuera de su círculo social, laboral o familiar; a evitar el contacto con otras personas.

Está claro que los hechos declarados probados satisfacen esta tipicidad. Constan declarado probado que, si alguien le miraba a la víctima, el procesado le decía "hija de puta", el procesado le dijo a la víctima en alguna ocasión "eres una gentuza que me quitas, autoridad ella se agachó y se le salieron las lágrimas". Todo el tiempo le decía "gentuza, estúpida, chola".

En más de una ocasión el procesado le reclamó de forma grosera debido a circunstancias de un negocio; le prohibía cosas, la víctima ya no quería salir, algunas veces lloraba e incluso renunció al trabajo.

El maltrato inició cuando el procesado le propuso matrimonio y la víctima le pidió realizar capitulaciones matrimoniales.
Una agresión se produjo en presencia del segundo hijo del procesado cuando le encontró entregándole dinero, le empujó y forcejaron. El procesado y la víctima abrieron una cuenta para imprevistos, el procesado sacó todo el efectivo.
Un día cuando se encontraban por el sector de Chuquitos, el procesado manejaba agresivo, como loco, golpeaba el auto, frenó tanto que la víctima se fue contra el tablero y la cabeza quedó contra el parabrisas, le dijo "ven maneja voz hija de puta".
Si tenemos presente que por efecto de las normas invocadas como contraste para sostener la indebida aplicación del artículo 157.2 del COIP, debemos examinar si existe prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; prueba constitucionalmente obtenida, prueba legalmente practicada y que ésta haya sido valorada de forma racional, no encontramos que la Sala haya incurrido en el error de derecho denunciado.
La acreditación de los hechos probados se basa en sustentación pericial, las declaraciones testimoniales e incluso los documentos que se han presentado en el juicio. La sentencia hace una relación de las pruebas y los hechos que considera probados, sin que pueda acusarse que esos hechos se han declarado probados sin prueba alguna.
La convicción del juzgador no es susceptible de control, pues para ello tendríamos que adentrarnos en el contenido de las pruebas para estimar si las conclusiones son coincidentes con las de la decisión recurrida.
Sobre la tipicidad de los hechos, no podemos negar que proferir de forma reiterada insultos, expresiones ofensivas y ejecutar reclamos –en algunas ocasiones hasta con forcejeos y empujones– constituyen conductas de humillación y perturbación; que la víctima haya tenido que renunciar a su trabajo o prohibirle cosas sea una conducta de aislamiento; disponer de la totalidad del dinero de la cuenta conjunta o conducir a velocidad y después decirle a la víctima que lo haga sea una conducta de manipulación e incluso amenaza. Debemos destacar que todas estas conductas fueron ejecutadas frente a personas que declararon en el juicio y cuya valoración ha sido efectuada en dos instancias.
La violencia psicológica es el resultado de diferentes conductas que tratan de ejercer una dominación sobre la mujer por su condición y se la consigue de facto, tal y como consta en el resultado de hechos probados. La ejecución de esas conductas conlleva un mensaje de jerarquía o dominación del hombre sobre la mujer y constituye una manifestación de poder.
Resulta imposible limitarse a comprender hechos o actos aislados, sino que la naturaleza del delito y la forma de violencia –incluso socialmente aceptada– demanda que el análisis que deba hacerse incluya una perspectiva en función del género.
La afectación psicológica, aunque comprenda actos aislados e individualmente irrelevantes para el delito deben ser comprendidos en su totalidad como parte del circulo de violencia que sufre la víctima y que degenera en un daño. Así, no sólo son las expresiones, ni las conductas individualmente consideradas. Incluso, la habitualidad o simultaneidad de esas conductas pueden producir un resultado tal que anulan el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la víctima.
Es imperativo recordar que el derecho a la integridad personal garantizado por la Constitución de la República comprende el derecho a la integridad psíquica y moral, así como a una vida libre de violencia (Art. 66.3 literales a y b CRE). De ahí que, cuando el legislador tipifica el delito de violencia psicológica protege un derecho constitucional.
En esa perspectiva, no podemos obviar que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que la discriminación contra la mujer "denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (Art. 1). Esta norma convencional es relevante porque pone énfasis en la desigualdad en función del género, una circunstancia que debe ser considerada en función de los hechos que se juzgan.
También hacemos notar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convencion de

Belem Do Para" establece que la violencia contra la mujer comprende "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado." (Art. 1); lo cual implica que el Estado está en la obligación de investigar y sancionar toda forma de violencia ejercida en contra de la mujer.

Por otra parte, estimamos que los hechos declarados probados satisfacen la tipicidad exigida por el artículo 157.2 del COIP, respecto de la afectación moderada sufrida por la víctima. En la sentencia impugnada se declara probado que la víctima ha sufrido "lesión psicológica moderada, que fue corroborada al equipo técnico de la psicología y trabajadora social de la Fiscalía"; se da cuenta también que esas conclusiones se basaron en el protocolo de escala S.A.R.A.

Los actos típicos debían, en los términos de la ley vigente al tiempo de los hechos, generar una afectación moderada a la salud mental de la víctima; esa afectación puede manifestarse en distintos ámbitos y generar un perjuicio en sus actividades, así como requerir tratamiento especializado.

No cabe duda que existe afectación moderada; y, sobre la base de la prueba pericial esa determinación de aparece desprovista de fundamento en la sentencia impugnada. La afectación de la salud mental de la víctima afectó el ámbito laboral y personal, pues consta en los hechos probados que la víctima llora, renunció a su trabajo, se alejó de personas allegadas. Conforme consta en la sentencia, la víctima requiere tratamiento.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos señalar que la redacci**ón actual del artículo 157 del COIP, que tiene la misma pena que la redacción original del artículo 157.2, ya no establece el grado de afectación como un elemento de la tipicidad, sino que limita la existencia del delito a la existencia de la afectación deriva de las conductas típicas.**

Todo ello, lleva a la desestimación del planteamiento; y, con ello a la improcedencia del recurso planteado.

Por último, no podemos dejar de hacer notar que, hechos declarados probados resultan consistentes con una forma de violencia ejercida de forma habitual y constante por quien tenía relación afectiva con la víctima. El proceso ha llegado por segunda vez a esta Corte Nacional de Justicia el 12 de diciembre de 2019; y, que en alrededor de 1 año únicamente se sustanció una excusa. El asunto fue resorteado el 18 de mayo de 2021.

VI. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, resuelve:

6.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuestos por señor Napoleón Patricio Meza Hidalgo.

6.2.- Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. **HÁGASE SABER.-**

f) Abg. Walter Samno Macias Fernández, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Abg. Byron Javier Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL; Dr. Lauro Javier De La Cadena Correa, CONJUEZ NACIONAL.

XIII

Juicio Nro. *17292-2018-00769*
Resolución Nro. *1187-2021*
Fecha: *miércoles 24 de noviembre del 2021, las 10h57*

TEMA: Infracción al deber objetivo de cuidado en muerte culposa en accidente de tránsito.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de P. G. C. C., en calidad de autor del delito de muerte culposa, tipificado y sancionado en el artículo 377, con la concurrencia de la circunstancia agravante contenida en el artículo 374.3 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en virtud de que, habiendo infringido el deber objetivo de cuidado, el procesado habría invadido el carril de la vía, causando un impacto que produjo lesiones en una de las víctimas y la muerte de otra.

En el presente caso se estudia cuando un delito ha sido cometido de forma culposa, por la infracción al deber objetivo de cuidado, analizando el tipo penal con la integración de las normas jurídicas que regulan los deberes de los conductores.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal del cantón Mejía determinó que se encuentra probada la existencia material de la infracción penal y la responsabilidad del procesado, puesto que el accidente de tránsito resultó en daños materiales en los dos vehículos involucrados, personas heridas y una fallecida.

En esa virtud, el juez dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, en calidad de autor del delito de muerte culposa, con la circunstancia agravante de huir del lugar de los hechos, imponiéndole una pena de tres años de privación de libertad, el pago de reparación integral a las víctimas y una multa.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a partir del recurso de apelación interpuesto por el procesado, ratifica en todas sus partes la sentencia venida en grado, debido a que, de acuerdo al acervo probatorio, se habría justificado que el procesado incumplió el deber objetivo de cuidado, al ejecutar una acción (invadir el carril contrario) sobrepasando el riesgo jurídicamente aprobado (conducir un vehículo), con lo que se comprueba la materialidad del ilícito de tránsito con resultado de muerte y la responsabilidad del ciudadano P. G. C. C.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17292-2018-00769

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, miércoles 24 de noviembre del 2021, las 10h57.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes procesales.

La Unidad Judicial Multicompetente Penal del cantón Mejía, con fecha 07 de noviembre de 2019, las 11h30, dicta sentencia condenatoria en contra de Patricio Germán Chasi Caiza por considerarlo autor del delito de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante contenida en el artículo 374.3 *ibídem*, por lo cual se le impuso la pena privativa de libertad agravada de tres años, la suspensión de su licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad, la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general, y el pago de cuarenta y seis mil quinientos sesenta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral. De esta decisión el procesado interpuso recurso de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 14 de enero de 2020, las 15h25, dicta sentencia en donde rechaza el mencionado medio de impugnación y confirma en todas sus partes el fallo subido en grado.

El acusado, insistente en su afán impugnatorio, propuso oportunamente recurso de casación, mismo que se ha visto sometido al tamiz de la admisibilidad.

1.2.- Hechos acusados y hechos probados

Según la sentencia de segunda instancia, los hechos acusados a la procesada son:

> *"(…)* ***TERCERO.- ANTECEDENTE.-*** *Llega a conocimiento de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Mejía el accidente de tránsito suscitado el día 02 de septiembre del 2018 a las 05h30 en la vía Alóag Santo Domingo, se verifica la existencia de un choque frontal – excéntrico entre dos vehículos, uno de tipo cabezal de placas GRF-0955 y un vehículo de tipo camioneta de placas TBF-3408, al llegar personal policial se constata que existían heridos y que el conductor del tráiler de placas GRF-0955 no se encontraba en el lugar de los hechos. En un principio únicamente se trataba de personas heridas pero posteriormente una persona fallece producto del accidente suscitado. La persona que conducía el automotor causante del accidente es el ciudadano CHASI CAIZA PATRICIO GERMAN, al cual se le ha procesado en la presente causa (…)"* [Sic]

El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria, que es su facultad, concluyó:

> *"(…)* ***QUINTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DE LA SALA EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO*** *(…)* ***5.4 ANÁLISIS. 5.4.1*** *(…) Se verifica que la prueba incorporada por las partes, ha cumplido con lo determinado en el Art. 453, 454 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; así la materialidad y la responsabilidad del procesado de la infracción se encuentra probada a través de la descarga de la prueba que ha sido legalmente incorporada en la audiencia de juicio ante el Juez Aquo (…)"* [Sic]

1.3. Decisión de admisibilidad del recurso.

En auto de fecha 17 de agosto de 2020, las 14h07, se admitió el recurso de casación propuesto por Patricio Germán Chasi Caiza, por los cargos de contravención expresa de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, y errónea interpretación del artículo 455 *ibídem*.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia

En cumplimiento de los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno del Consejo de la Judicatura (Resolución No. 008-2021), renovó a los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. En resolución 04-2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, conformó sus Salas especializadas de conformidad con el artículo 83 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 186.1 y 192.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los demás previstos en la ley. Por el resorteo de ley correspondió integrar el Tribunal de la presente causa a la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente; al doctor Walter Macías Fernández, Juez Nacional; y, al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E), quien asume el despacho del doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, conforme se desprende del oficio No. 117SG-CNJ, suscrito por éste con fecha 12 de febrero de 2021.

2.2. Validez procesal

El régimen legal aplicable a la causal es el del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradicción. El recurso de casación fue tramitado en respeto de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y a los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del recurso de casación que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

En consecuencia, el recurso es válido y así se lo declara.

2.3. Alegaciones de los sujetos procesales

a. Fundamentación del recurso de casación.– El procesado Patricio Germán Chasi Caiza, a través de su abogado patrocinador Mauricio Enrique Pacheco, en lo principal expresó:

- La Sala en ningún momento hace mención de los artículos 27 y 146 del Código Orgánico Integral Penal, porque simplemente se concentra en demostrar una mera causalidad de carácter natural y causalidad simple que es parte del análisis para la determinación de la imputación de resultado a la conducta de la persona que está conduciendo el vehículo, pero que no es suficiente para determinar la culpabilidad.
- No se mencionan los artículos 27 y 146 del Código Orgánico Integral Penal, y en otra parte del fallo se dice que se establece la materialidad con respecto a la existencia de las personas heridas y fallecidas, que según nos indica el Juez a quo se ha demostrado con acuerdos probatorios, que tan sólo establecen una simple relación de causalidad, con lo que establecen la responsabilidad por delito culposo, para el cual existen ciertos requerimientos.
- El artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal establece claramente que los delitos de tránsito en donde resulta la muerte de una persona, debe verificarse el deber objetivo de cuidado, el cual es un deber normativo del juez que tiene que cumplir al motivar su resolución, y a su vez, el deber objetivo de cuidado es uno de los elementos que describe el artículo 27 para la verificación de un delito culposo.
- El artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal establece tres requisitos fundamentales que el señor juez debe verificar, en primer lugar el infringir el deber objetivo de cuidado, en segundo lugar que el delito culposo se encuentre tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, pues no todos los delitos dolosos tienen una versión culposa, y en tercer lugar que existe un resultado dañoso. No se hace esa reflexión.
- Se puede deducir de los hechos de que existe el resultado dañoso, tipificado en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, pero olvidan analizar el deber objetivo de cuidado que se encuentra contenido en el artículo 146 *ibídem*, y establece que para su determinación deberá concurrir ciertos requisitos, como son que la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado, por lo que no solo se debe verificar el resultado sino otras causas que podrían haber llegado a ese resultado sin la acción de la persona; la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión, que en la doctrina se denomina creación de un riesgo jurídicamente no permitido; el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas, por lo que el curso causal muchas veces se desvía, lo que significa que el juzgador debe a ver un juicio de valor o normativo para verificar si cuadra el hecho al caso; y, que en cada caso se analice la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho, y de alguna manera permite de alguna manera codificar la pena.
- De los hechos probados consta que el señor Luis Alfonso Sailema Criollo, en el momento que es trasladado al hospital de Latacunga no

presentaba ninguna herida abierta, tenía un golpe en el estómago, tenía setenta años de edad y era diabético, pasa tres meses en esa casa de salud y aparece un resultado de muerte por peritonitis, cuando esta es una infección generalizada y no un resultado directo producto del accidente de tránsito, de hecho, puede tratarse de una mala práctica médica o puede ser responsabilidad del paciente al no ser cuidadoso y seguir las instrucciones de la receta, por lo que esto no basta para imputarlo.

- Acepta que existe una desvalorización del hecho, pues está comprobado que invadió parte del carril central y se impactó contra la camioneta, cuestión que no se discute.
- Se encuentra probado que el resultado de muerte es producto de una peritonitis, que no tiene que ver con el accidente de tránsito, o al menos no de una manera directa como establece la norma al manifestar que el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas, y la presente es una situación conexa que no puede ser imputada a la causa del accidente de tránsito, tanto más que padecía problemas de estómago y el cinturón de seguridad fue la herramienta que agravó su situación.
- Si la Corte Provincial hubiera aplicado correctamente el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el fallo no hubiese sido de tres años ni tampoco habría tenido sustento en el artículo 377.1 *ibídem*, y se habría sancionado por las lesiones ocasionadas, pues la muerte del occiso se debe a otros cursos causales, por lo que habría correspondido la aplicación del artículo 152.3 *ejusdem*, donde la pena se reduciría a unos pocos meses.
- En cuanto al segundo cargo, de errónea interpretación del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal , que establece la relación de causalidad, pero este no es el único medio para hacerlo, pues el otro es el contenido en el artículo 146 *ibídem*, que no establece una mera relación de causalidad natural, sino una causalidad normativa, y en la causa se ha utilizado simplemente el artículo 455 *ejusdem*, pensando que es el único que puede determinar la responsabilidad, y aquí solo se pretendía la imputación del resultado, por lo que hay una aplicación indebida del artículo 146 del mencionado cuerpo de leyes.
- Solicita que se lo sancione por el artículo 152.3 y se imponga la pena contenida en esta norma, y asimismo solicita la suspensión condicional de la pena.

b. Contestación al recurso de casación. – La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado, respondió:

- En ningún momento ha indicado al tribunal en qué considerando se encuentra el supuesto yerro.
- Era necesario señalar la transcendencia de estos yerros y su influencia en la decisión.
- Luego de leer ciertas partes del fallo, el procesado ha señalado que era obligación del *ad-quem* determinar y desarrollar el deber objetivo de cuidado, siendo necesario indicar que el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal no aplica para los delitos de tránsito, sino sólo para los delitos de mala práctica profesional.
- Dice que los jueces únicamente para determinar la responsabilidad y subsumir su conducta en lo que e dispone el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, realiza un razonamiento de los hechos que no se encasillan en la norma jurídica, lo que es falso, pues los hechos están correctamente aplicados, y existe un fallecido debido a la lesión provocada por el accidente de tránsito.
- El fallo que se recurre, en el considerando 5.4.1, dice que la causa de muerte fue el traumatismo abdominal consecutivo a suceso de tránsito, y quien determinó esto fue un médico legista, por lo que el argumento de que se aplique el artículo 152.3 del Código Orgánico Integral Penal es impertinente.
- No existe errónea interpretación del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, tanto más que esta alegación estaría conllevando a que se vuelva a valorar prueba.
- Argumenta que el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal no es el único al cual los juzgadores deben recurrir para valorar la prueba, pero en realidad es el único que se refiere al nexo causal para determinar la materialidad y responsabilidad.
- No cabe la alegación sobre la suspensión condicional de la pena en la sede en la que estamos, tanto más que en la apelación no se recurrió nada al respecto.
- Solicita que se declare improcedente el recurso de casación.

c. Contestación al recurso de casación. – El doctor Lenin Albán, defensa técnica de los acusadores particulares Marcos Sailema y Ayda Marca Jácome, contestó:

- No se han justificado las razones de su recurso de casación.
- El fallo impugnado no violó ningún derecho constitucional del hoy sentenciado, y se demostró, con el informe médico legal, que la muerte del occiso es a causa del accidente de tránsito, tanto más que se llegó a un acuerdo probatorio al respecto.
- Se ratificó la existencia del nexo causal, pues el acusado violó lo contenido en el artículo 171 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, pues inobservó el deber objetivo de cuidado y fue juzgado por esta situación, por lo que se demostró tanto la materialidad de la infracción y su responsabilidad.
- La sentencia de segundo nivel goza de una lógica de los hechos analizados y las normas jurídicas que se aplicaron para juzgarlo, y el abogado del recurrente no ha señalado con precisión los errores de la sentencia.
- Los juzgadores de segundo nivel, en legal y debida forma han llegado a la conclusión que incurrió en lo que determina el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, con la agravante contenida en el artículo 374.3 *ibídem*.
- Solicito se rechace el recurso de casación incoada.

d. Contestación al recurso de casación. – El doctor Julio César Llaganate, defensor técnico de Raúl Sailema León, respondió:

- Estamos frente a un recurso completamente errado, pues no está bien fundamentado.
- El recurrente está diciendo que existe mala subsunción, lo que sale de la esfera de la casación, porque la subsunción formal simplemente nos dice que debemos adecuar al hecho a la norma, y en esta sede ustedes se encuentran vedados de eso.
- El darle la interpretación que pretende el recurrente al artículo 146.4 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera la seguridad jurídica contenida en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Las causales alegadas dentro del recurso han sido mencionadas de forma muy meridiana.
- Debió haberse precisado la parte del fallo en donde se encuentra la violación a la ley.
- Existe una muerte debido al suceso de tránsito, que no es un hecho conexo ni aislado, pues las lesiones ocasionaron la muerte.
- Solicitamos se rechace el recurso.

e. Contestación al recurso de casación.– El doctor Diego Jaya, defensor público del acusador particular Jorge de la Torre, dijo que no tenía nada que alegar al respecto.

f. Réplica del recurrente.- El censor, en ejercicio de su derecho a la réplica, se ratifica en su petitorio inicial.

2.4. Delimitación de la materia del recurso de casación

Como se explicó en el auto de admisión, el recurso de casación al ser técnico y limitado exige la presentación de cargos encaminándolos en una de las causales de casación previstas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, sin incurrir en pedidos de valoración de prueba y revisión de hechos prohibidos por el segundo inciso de la misma norma cuya consecuencia es la inadmisión del recurso. De conformidad con el artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal, o se convoca a audiencia o se inadmite el recurso en virtud de si se cumple en el pedido del recurso con la prohibición referida. Asimismo, ya en la fundamentación de los cargos admitidos, se puede incurrir también en pedidos de valoración de prueba y revisión de hecho que no se realizaron en la petición inicial, que tienen el mismo efecto, esto es el rechazo de esos reclamos.

El recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

El procesado Patricio Germán Chasi Caiza, ha formulado los siguientes reproches:

i) Contravención expresa de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal.

ii) Errónea interpretación del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal.

Es imperativo señalar que si bien el recurrente ha manifestado que se le conceda la suspensión

condicional de la pena, esta alegación no fue admitida por el suscrito Tribunal a efectos de ser discutida en la respectiva audiencia oral, pública y de contradicción de fundamentación del medio de impugnación casacional, por lo que no corresponde que nos pronunciemos al respecto de la procedencia de este punto.

En tal virtud, procedemos a dar contestación a las censuras planteadas por el casacionista.

2.4.1. De la contravención expresa de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal.

i) El impugnante alega la violación de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, que estatuyen lo siguiente:

> *"Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código."*
>
> *"Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- (…) Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:*
>
> *1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
>
> *2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*
>
> *3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
>
> *4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho."*

Además, subsume estas presuntas transgresiones en la vigencia de la dimensión de vicio *in iudicando* de contravención expresa del texto de la ley, constante de forma taxativa en el inciso primero del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que a criterio del jurista Luis Cueva Carrión:

> *"(…) se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (…) En forma expresa, se puede violar la ley, por acción o por omisión (…) Se viola la ley por acción cuando el juez aplica una norma que perdió vigencia o cuando, en su imaginación, crea una y le da vida jurídica aplicándola al caso que juzga (…) Se viola la ley por omisión cuando el juez no aplica la norma jurídica o cuando la aplica solamente en parte (…)"*[1]

En mérito de lo expuesto, esta causal implica que el juzgador de segunda instancia ha incurrido en alguno de los siguientes escenarios:

> **a)** No aplicar una norma jurídica que debe ser empleada al caso en concreto, en su totalidad o de forma parcial, sin que esto implique que en su lugar ha utilizado otra distinta o que se le ha otorgado otro alcance distinto al de su génesis.
>
> **b)** Emplear una norma jurídica cuando no corresponde a su existencia o validez.
>
> En tal virtud, quien alegue esta modalidad de error de derecho y con esta construya un cargo casacional, se encuentra en la obligación de darle respaldo argumentativo indicando en qué ha consisto el vicio, así como su incidencia en la decisión de la causa.

ii) De lo manifestado, evidenciamos que el censor ha identificado dos cargos casacionales, siendo estos los de la contravención expresa de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, con respecto al segundo reproche, el encartado, en la fundamentación oral de su medio de impugnación, cuando afirma que se lo debía sancionar por la comisión del delito de tránsito con resultado de lesiones tipificado y sancionado en el artículo 152.3 ejusdem, señala que el artículo 146 inciso cuarto del cuerpo de leyes antes mencionado fue transgredido por el yerro intelectivo de indebida aplicación del texto de la ley, de lo que se concluyen dos cuestiones:

> **ii.i** El recurrente pretende subsumir la transgresión del artículo 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal a la modalidad de error de derecho de indebida aplicación del texto de la ley, cuando este cargo casacional no fue admitido a trámite.
>
> **ii.ii** El casacionista vulnera el principio de no contradicción que debe asistir a la

[1] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal,* Tomo III. (Quito: 1995), p. 185.

estructuración y fundamentación de sus cargos casacionales, pues hace caso omiso de que los yerros intelectivos contenidos en el inciso primero del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal son antagónicos y excluyente entre sí, y en virtud de su naturaleza jurídica no pueden coexistir, o en otras palabras, una norma jurídica no puede vulnerarse bajo dos o más dimensiones de vicio *in iudicando*.

En este punto es preciso manifestar que la modalidad de error de derecho de indebida aplicación del texto de la ley, a criterio del jurista Orlando Rodríguez, se da cuando:

> "(…) *el juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto; (…) Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente (…) en otras palabras: el sentenciador realiza una falsa adecuación de los hechos probados a los presupuestos que contempla el dispositivo legal y deja de lado el precepto que está llamado a ser aplicado. Es un "error de adecuación, de selección", y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella* (…)"[2]

Por lo referido, esta causal, a diferencia de la de contravención expresa del texto de la ley que implica no aplicar una norma jurídica, significa que el juzgador ha aplicado una norma jurídica que no correspondía al caso, dejando de emplear una que efectivamente debía ser utilizada, lo que dota al impugnante de la obligación de precisar la norma jurídica que debía ser utilizada, aportando además un razonamiento de mérito y sustento en su influencia en la decisión de la causa.

En mérito de estas consideraciones, corresponde que se rechace el cargo casacional de contravención expresa del artículo 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, pues la fundamentación vertida al respecto del mismo permite entrever que el censor alega la violación de esta norma jurídica a través de dos de las causales contenidas taxativamente en el inciso primero del artículo 656 *ibídem*, siendo estas las de contravención expresa e indebida aplicación del texto de la ley, por lo que su alegación deviene en contradictoria.

Ahora bien, independientemente del rechazo del cargo casacional de contravención expresa del artículo 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, el infrascrito Tribunal, garante de los derechos y principios contenidos en la Constitución de la República y en la ley, amerita preciso determinar si este punto se configura en el fallo dictado en segunda instancia, tanto más que aún restan cargos casacionales que contestar.

iii) El impugnante, de cara a dar sustento a sus pretensiones de contravención expresa de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, afirma que estas normas jurídicas no fueron empleadas por parte de los juzgadores de segundo nivel, pues no se reflexionó al respecto del contenido de las mismas.

Sostiene que el *ad-quem*, a efectos de determinar la materialidad de la infracción, tan sólo se basa en acuerdos probatorios, y realizan una simple relación de causalidad para determinar su responsabilidad, sin analizar los elementos para que se ejecute una conducta culposa contenidos en el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, puntualmente, porque no se ha demostrado la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado, que a su vez estatuye determinados requisitos contenidos en el inciso cuarto del artículo 146 *ejusdem*, los cuales tampoco han sido materia de análisis por parte de los juzgadores de segunda instancia, pues de los hechos probados se tiene que el occiso falleció a causa de una peritonitis, que es una infección generalizada mas no un resultado directo del accidente de tránsito, por lo que afirma que se ha interrumpido el curso causal entre la conducta y el resultado, y que la muerte de la víctima se debería imputar a sí mismo por no ser cuidadoso y seguir las instrucciones recetadas, o a quien corresponda por la comisión de un presunto delito de mala práctica profesional.

El suscrito Tribunal, con la finalidad de dar contestación a estos puntos, precisa importante citar las partes pertinentes de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de

[2] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 239.

Pichincha, con fecha 14 de enero de 2020, las 15h25, donde se reflexiona lo siguiente:

"(…) ***QUINTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.- ARGUMNETACIÓN JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DE LA SALA EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO*** *(…)* ***5.4 ANÁLISIS. 5.4.1.*** *(…) En el caso in exámine, la Fiscalía, titular de la acción penal en el sistema acusatorio, con las pruebas presentadas en la Audiencia de Juzgamiento, ha logrado demostrar conforme a derecho la existencia del injusto culposo, definido como el comportamiento humano contrario al deber objetivo de cuidado; así, ha establecido de manera fidedigna la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del delito acusado, así como del nexo causal, que implica la relación existente entre una acción u omisión ilícita y el daño que esta provoca, desencadenando como hecho principal la responsabilidad de quien comete el delito o infracción, rescatando que lo fundamental es la afección del bien jurídico, y, por lo tanto la imputación objetiva (…) Para que se pueda imputar objetivamente a una persona y conducta sea típica, no solamente es menester que se cumplan los presupuestos normativos de la conducta sino que se realice un riesgo jurídicamente desaprobado, que ese riesgo se haya verificado en el resultado y que además no haya intervenido una auto puesta en peligro o una acción a propio riesgo de la víctima. Para el caso, el resultado penalmente relevante, es el accidente de tránsito, donde se ha demostrado a través den datos ciertos, comprobables, veraces por pruebas idóneas, que se debió a un choque de tránsito cuyo resultado dejó daños materiales e inmateriales como lo es la pérdida de una vida humana, la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, esto es el delito tipificado y sancionado en el COIP en el inciso primero del Art. 377, con la agravante del Art. 474.3 del COIP (…)* ***5.4.2*** *Presentado el Recurso de apelación de la sentencia venida en grado (…) cuya fundamentación ha sido expuesta por el Dr. Mauricio Pacheco a nombre y representación del señor Chasi Caiza Patricio Germán, que en lo principal manifiesta que la Fiscalía en ningún momento ha demostrado que la muerte del señor Luis Alfonso Sailema Criollo se haya debido a la inobservancia de la Ley de Tránsito, que la víctima ahora fallecida tuvo heridas que le produjeron una incapacidad de 31 a 90 días de inhabilitación, pero que por su alta edad considera que se dio la muerte del señor, pero no por el accidente de tránsito, que si bien existe una relación de causalidad física entre la muerte y la maniobra que tuvo que realizar pero que jamás se podría afirmar que existe una causalidad jurídica porque la muerte le sobrevino después del accidente de tránsito, por lo cual considere que este Tribunal de Alzada debe verificar esta situación y no sancionarle por muerte culposa sino por lesiones (…) Con respecto a la petición del señor recurrente, señor Chasi Caiza Patricio Germán a través del Mauricio Enrique Pacheco, este Tribunal revisada la sentencia verifica que el Juez A quo, ha plasmado la materialidad de la causa y la responsabilidad del procesado de acuerdo al nexo causal establecido en el Art. 455 del COIP y manifiesta que la responsabilidad se encuentra probada con el testimonios del señor perito Chimbay Buscán Juan Francisco, quien ha realizado el reconocimiento del lugar de los hechos en la vía Alóag-Santo Domingo, identificando como participante (1) al señor Chasi Caiza Patricio, el cual después del suceso abandona la escena del hecho, quien conducía un vehículo tipo cabezal de placas GRF0955, y el participante (2) el señor Sailema León Marco Julio, conductor del vehículo de placas TBF3408, que la tipología del accidente fue choque frontal excéntrico, se llegó a la conclusión de que el participante (1) invade y obstruye el carril normal de flujo vehicular ante la presencia y proximidad de móvil (2) impactándolo, así mismo el testimonio de la señora Marca Jácome Aída Marlene y del señor Sailema León Marco Julio, testigos presenciales que concuerdan claramente que el día 02 de septiembre de 2019 se trasladaban a Santo Domingo a entregar alcancías de yeso y que a la altura del kilómetro 30 viene el tráiler, se cruza y le choca; así mismo también se establece la materialidad con respecto a la existencia de las personas heridas y fallecidas, que según nos indica el Juez A quo en su sentencia, que se ha demostrado con acuerdos probatorios, es decir exámenes médicos legales realizados por el perito médico legal Dr. Vicente Marcelo Jácome a la señora Marca Jácome Aída Marlene, a quien le determina una*

incapacidad física para el trabajo de 4 a 8 días, al señor Sailema León Marco Julio a quien le determina una incapacidad física para el trabajo de 31 a 90 días, al señor Sailema Criollo Luis Alfonso a quien le determina una incapacidad física para el trabajo de 31 a 90 días, y al señor Chasi Caiza Patricio Germán a quien le determina una incapacidad física para el trabvajo de 3 días, y con el informe de autopsia médico legal realizado por el perito Franklin Gonzalo Villares Paredes, realizado en quien en vida fue Sailema Criollo Luis Alfonso y del cual se determina lo siguiente "CAUSA DE MUERTE traumatismo abdominal consecutivo a suceso de tránsito MECANISMO DE MUERTE peritonitis por laceración intestinal MANERA DE MUERTE violenta" (…) con respecto a las alegaciones determinadas por el Dr. Mauricio Pacheco en defensa del señor procesado Chasi Caiza Patricio Germán, este Tribunal verifica que este tipo penal efectivamente ha iniciado dentro de una audiencia de juzgamiento por un delito de muerte culposa, tipificado en el Art. 377 inciso primero con la agravante del Art. 374.3 del COIP, por lo cual el Juez en base al principio de legalidad y taxatividad y cumpliendo el debido proceso, tanto la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, con respecto a esto lo que ha hecho es sancionar en base a la prueba aportada por este delito de muerte culposa con la agravante determinada por la huida del señor procesado, por lo cual él ha impuesto la pena de 3 años con respecto a lo que determina la sentencia, la misma que este Tribunal de Alzada comparte con la resolución del Juez A quo, pues en este se determina que existe la norma establecida en el Art. 455 del COIP, estableciendo la materialidad del delito y responsabilidad del procesado, en el presente caso de una muerte culposa, por lo tanto no ha lugar lo solicitado con respecto a verificar una tipificación de un delito por lesiones, porque sería violentar la seguridad jurídica como quedó plasmado en líneas anteriores, más aún cuando existe dentro de la prueba incorporada los acuerdos probatorios que determinan claramente que al someterse a un acuerdo probatorio las partes estarán totalmente de acuerdo y no será objeto de controversia, es decir impide que se presente el perito que realizó la autopsia, los médicos que la hayan realizado, porque están de acuerdo entre las partes, por ello, incluso en la audiencia no consta el testimonio del perito que realizó la autopsia para determinar la muerte, pero si se determina en el acuerdo probatorio, claramente que la causa de la muerte del occiso ha sido por un traumatismo abdominal consecutivo a suceso de tránsito, mecanismos de muerte peritonitis por laceración intestinal, manera de muerte violenta. (…) con lo cual este Tribunal está impedido de hacer un análisis que está fuera de lo que se ha establecido dentro de la audiencia de juzgamiento, porque sería violentar la defensa de las partes que estuvieron en audiencia de juzgamiento, donde se practicó la prueba, por ello es necesario e imperativo citar la disposición del Art. 454 del COIP, que señala que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al conocimiento de los hechos y circunstancias tanto de la infracción como la responsabilidad del acusado, por ello el Tribunal de Alzada, no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y que deben responder a los principios generales de disposición concentración e inmediación como manda la norma contenida en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, y que el juzgador solo puede resolver sobre una verdad procesal, que las partes han contribuido entre sí a construirle (…) Se verifica que la prueba incorporada por las partes, ha cumplido con lo determinado en el Art. 453, 454 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; así la materialidad y la responsabilidad del procesado de la infracción se encuentra probada a través de la descarga de la prueba que ha sido legalmente incorporada en la audiencia de juicio ante el Juez Aquo. (…)"

Este Tribunal, del contraste entre los argumentos refrendados por el casacionista y los considerandos vertidos en la sentencia dictada por el *ad-quem*, constata que, con base a los acuerdos probatorios a los cuales arribaron los sujetos procesales en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio se ha llegado a comprobar conforme a derecho la materialidad de la infracción de tránsito con resultado de muerte, tipificada y sancionada en el artículo 377 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

Ahora bien, es menester manifestar que los acuerdos probatorios ostentan su propia naturaleza jurídica, ergo, sus propios efectos jurídicos, los

mismos que se encuentran establecidos en el artículo 604.4.d) del Código Orgánico Integral Penal, que dice:

"Art. 604.- Audiencia preparatoria de juicio.- Para la sustanciación de la audiencia preparatoria del juicio, se seguirán además de las reglas comunes a las audiencias establecidas en este Código, las siguientes:
(…) 4. Concluida la intervención de los sujetos procesales, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán:
(…) d) Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados."

En consecuencia, tenemos que los acuerdos probatorios únicamente pueden llevarse a cabo en la respectiva audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, e implican que los sujetos procesales acuerdan la existencia de un hecho, por considerar que no es necesario que el mismo sea probado, ya que los informes periciales que hayan sido materia de este acuerdo probatorio no requieren que el profesional comparezca a audiencia y sustente el mismo con su testimonio, por lo que no se someten a contradicción y adquieren la calidad de pruebas.

En la presente causa, conforme lo manifestado por los juzgadores de segunda instancia, existe un hecho probado, pues los sujetos procesales llevaron a cabo un acuerdo probatorio -que fue admitido por el juzgador competente- cuyo objeto fue el informe pericial realizado por el doctor Vicente Marcelo Jácome, donde determina la duración de las lesiones de las víctimas Aída Marlene Marca Jácome, Marco Julio Sailema León y Luis Alfonso Sailema Criollo, y el informe de autopsia médico legal, suscrito por Franklin Gonzalo Villares Paredes, donde se determina que la causa de muerte del señor Luis Alfonso Sailema Criollo fue un traumatismo abdominal producto del accidente de tránsito, que ocasionó una peritonitis por laceración intestinal que significó su deceso, con lo que -conforme adelantamos con anterioridad- tenemos demostrada la materialidad del delito de tránsito con resultado de muerte, tipificado y sancionado en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, que estatuye lo siguiente:

"Art. 377.- Muerte culposa.- La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad. (…)"

Del análisis de los elementos de la tipicidad de este tipo penal, tenemos que para que se configure el mismo, debe operar una infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, que la conducta analizada desde la tipicidad subjetiva debe ser ejecutada de forma culposa.

En este punto, frente a cómo se encuentra tipificado el referido tipo penal, consideramos menester remitirnos a la teoría de la norma jurídica, y puntualmente a la estructura de las normas penales, que a criterio del tratadista Santiago Mir Puig, es:

*"**III. Estructura de las normas penales** A) Suele decirse que la estructura de toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un **<<supuesto de hecho>>** y una **<<consecuencia jurídica>>**. Ésta sería, pues, la estructura de las normas jurídico-penales. Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o la medida de seguridad (<<normas secundarias>>). En ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y el deber de imponer la pena o la medida de seguridad en su consecuencia jurídica. Menos evidente es la estructura de las <<normas primarias>>. Éstas no suelen formularse hipotéticamente, sino en forma incondicionada: <<!No matarás!>>, <<!no robarás!>>, etc. Sin embargo, lo cierto es que también esta clase de normas resultan aplicables en determinados supuestos y tienen una consecuencia jurídica que es el deber de hacer u omitir algo. (…) **IV. Proposiciones jurídico-penales incompletas y <<leyes penales en blanco>>** A) Los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que, como dijimos más arriba, han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte General. Ello permite afirmar que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código Penal. En este sentido, todas las disposiciones del Código Penal aparecen, vistas aisladamente, como **proposiciones incompletas.** No*

obstante, los preceptos penales principales -los de la Parte Especial- suelen determinar completamente los elementos más específicos de la correspondiente conducta delictiva y señalan una pena determinada -aunque tanto aquel supuesto de hecho como esta consecuencia jurídica se hallen precisados en otros preceptos complementarios. (…)"[3]

En consecuencia, precisamos sustancial determinar que los cuerpos legales penales se encuentran compuestos de un cúmulo de enunciados legales, que estatuyen tanto las instituciones sobre la base de las cuales se construye el sistema jurídico penal (parte general), así como de un catálogo de conductas penalmente relevantes que son tipificadas y sancionadas como delitos (parte especial), y en estos últimos se hace común encontrar proposiciones jurídico-penales incompletas, pues existen normas penales que al estatuir el presupuesto de hecho -parte de su estructura jurídica conjuntamente con la consecuencia jurídica- precisan complementar los elementos allí descritos con enunciados legales que forman parte del mismo cuerpo de leyes, a efectos de entender la proposición jurídica completa.

Esto responde a un deber de integración de las normas jurídico penales, lo cual permite analizar las proposiciones jurídicas de los tipos penales desde el canon de interpretación literal y teleológico, sin que se amplíen los presupuestos legales que configuran la consecuencia jurídica de la norma jurídico penal -sanción-, y se ejecuta en salvaguarda de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, pues permite conocer al conglomerado social los elementos que componen la conducta.

En tal virtud, de la lectura del tipo penal tipificado y sancionado en el artículo 377 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, evidenciamos la existencia del delito de tránsito con resultado de muerte, que se configura por una infracción al deber objetivo de cuidado, por lo que es imperativo que -para el entendimiento, comprensión e interiorización de la conducta- se complemente de otros enunciados legales contenidos en este mismo cuerpo de leyes, a efectos de determinar la proposición jurídica completa en esta infracción.

Por lo manifestado, es importante que nos remitamos al contenido del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, que estatuye que para configurar una conducta culposa, deberá concurrir:

a) Infracción al deber objetivo de cuidado, que conforme se analizará más adelante, ostenta sus propios elementos.

b) Producir un resultado dañoso, que viene a ser la acción final que será sometida a los juicios de tipicidad y de reproche.

c) Que la conducta se encuentre tipificada y sancionada como infracción culposa en el catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal, lo cual responde al principio de legalidad, pues si la conducta no se encuentra estatuida en el mencionado cuerpo legal en su dimensión culposa, no puede ser reprochable.

A su vez, esta disposición nos remite al contenido del inciso cuarto del artículo 146 *ibídem*. Ahora, la aplicación de esta norma jurídica para el análisis de lo que constituye la infracción al deber objetivo de cuidado, ha representado un debate, pues la misma tipifica y sanciona el tipo penal de homicidio por mala práctica profesional, que constituye un delito culposo distinto a los de tránsito, y el establecimiento de los elementos que componen el deber objetivo de cuidado se encuentran detallados en el inciso cuarto de esta norma jurídica, lo cual daría a suponer *prima facie* que tan sólo sirven como tamiz de determinación de la conducta culposa de homicidio por mala practica profesional; sin embargo, el establecer los elementos de la infracción al deber objetivo de cuidado dentro de un tipo penal autónomo, se debe a una mala técnica legislativa, mas no a que el legislador haya pretendido que tan sólo para esa conducta criminosa se determinen esos estándares, pues la positivización de los mismos ha sido de manera general, los elementos allí detallados se recogen en la doctrina como criterios de valoración del riesgo siempre aplicables para determinar si existe infracción al deber objetivo de cuidado, y no existe otra norma jurídica que determine estos puntos.

Una vez que ha quedado claro que para dimensionar que un delito ha sido cometido de forma

[3] Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, Décima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, ps. 70 y 72.

culposa por infracción al deber objetivo de cuidado, debe analizarse el tipo penal con el deber de integración de las normas jurídicas, a la luz de lo que determine el mismo, y los artículos 27 y 146 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, corresponde hacer mención a esta última disposición citada, que contiene los elementos que componen la institución del deber objetivo de cuidado -cuya infracción configura una infracción culposa-, siendo estos:

a) No constituye infracción al deber objetivo de cuidado la mera producción del resultado, pues acorde al sistema finalista que se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico penal, no basta con reprochar el mero resultado, sino la acción que produjo el mismo.

b) Inobservar las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión, que se traduce como el marco del riesgo jurídicamente permitido bajo el cual deben encuadrarse todas las conductas, pues de no hacerlo, se crearía un riesgo jurídicamente desaprobado que precise de imputación.

c) El resultado dañoso debe tener directa causalidad con la infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual va ligado a que la mera producción del resultado no constituye tal, pues lo que se imputa es la acción que ocasiona ese resultado lesivo por existir un curso causal entre esta y el resultado. Frente a esto, podría ocurrir que el curso causal se desvíe en su trayectoria de acción a resultado, y se deba a otro tipo de hechos independientes o conexos a la conducta que se pretende imputar, desvaneciéndose así el curso causal entre esta y el resultado de daño.

d) Analizar en cada caso la diligencia que implica actuar con cuidado al ejecutar alguna acción, el grado de formación profesional para ejercer su actuación, las condiciones objetivas particulares a cada caso, la previsibilidad como un deber de adecuar el accionar al riesgo permitido, y la evitabilidad del hecho como un deber de no actuar sobrepasando éste.

En consecuencia, a efectos de determinar que una persona incurrió en el ilícito culposo de muerte causada por accidente de tránsito, no se debe analizar aisladamente el tipo penal contenido en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, sino que debe tomarse en consideración que para entender la estructura del tipo objetivo del delito imprudente, debe analizarse la culpa y sus elementos a la luz de lo que establece este mismo cuerpo de leyes, entre estos, la infracción al deber objetivo de cuidado.

En el caso *in examine*, tenemos que los juzgadores de segunda instancia evidencian que la conducta penalmente reprochable ha sido ejecutada de forma culposa, y que se encuentra tipificada y sancionada como tal en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, pues se tiene un accidente de tránsito en donde el condenado en su vehículo invadió carril e impactó a otro vehículo, causando el resultado dañoso de las lesiones de Marco Julio Sailema León, Aída Marlene Marca Jácome y de Luis Alfonso Sailema Criollo, y la ulterior muerte de este último, por sufrir un traumatismo abdominal que devino en una peritonitis por laceración intestinal que produjo su deceso, hechos que, como se ha analizado en párrafos anteriores, son incontrovertibles, pues los sujetos procesales, por considerar que no necesitaban de prueba alguna, arribaron a acuerdos probatorios al respecto de los informes médicos que avalan estas circunstancias.

Por otra parte, conscientes de que para imputar al procesado no basta tan sólo con señalar que la conducta ha sido llevada a cabo de forma culposa por encontrarse estatuida como delito en el catálogo normativo y por producir el resultado dañoso antes expuesto, sino que se debe demostrar la infracción al deber objetivo de cuidado, manifiestan que la acción ejercida por el señor Patricio Germán Chasi Caiza, fue desatendiendo el riesgo jurídicamente permitido.

A efectos de determinar el riesgo jurídicamente permitido, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 390, tipifica y sanciona a las contravenciones penales de quinta clase:

> *"(…) Art. 390.- Contravenciones de tránsito de quinta clase.- Será sancionado con multa equivalente al quince por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general: (…) 3. La o el conductor que conduzca un vehículo en sentido contrario a la vía normal de circulación, siempre que la respectiva señalización esté clara y visible."*

En este sentido, entendemos que el legislador ha previsto como una conducta contraria a derecho el conducir un vehículo en contravía, lo que permite entender que el riesgo jurídicamente permitido se configura al conducir un vehículo y no ir en

sentido contrario a la vía normal de circulación.
Asimismo, la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, estatuye:

> *"Art. 9.- Circulación por vías.- Los peatones, biciusuarios. pasajeros, conductores, automotores y vehículos de tracción humana, animal o mecánica podrán circular en las vías públicas del país, sujetándose a las disposiciones de esta Ley, su reglamento, resoluciones y regulaciones técnicas vigentes."*

En tal virtud, se establecen más estándares para determinar el riesgo jurídicamente aprobado, en este caso uno de carácter más general que establece que los automotores deberán circular sujetándose a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico para el efecto.
De igual manera, el Reglamento a la mentada Ley, dispone:

> *"Art. 270.- En todo momento los conductores son responsables de su seguridad, de la seguridad de los pasajeros y la del resto de usuarios viales."*

Por lo citado se tiene que los conductores, por encontrarse manejando un vehículo automotor, tienen un deber de responsabilidad de cara a su seguridad, de los demás integrantes del vehículo y del resto de usuarios viales, como peatones u otros conductores.
A más de lao manifestado, se tiene que el procesado actuó sobrepasando el riesgo jurídicamente aprobado, pues su responsabilidad está demostrada con base a los testimonios rendidos por el perito Juan Francisco Chimbay Buscán, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos y concluyó que el vehículo manejado por el procesado invadió carril e impactó al vehículo que ocupaban las víctimas, y por las víctimas sobrevivientes de la infracción, Aída Marlene Marca Jácome y Marco Julio Sailema León, testigos presenciales, quienes concuerdan en decir que el condenado invadió carril e impactó el vehículo que ocupaban.
En virtud de lo expuesto, evidenciamos que la Sala de apelaciones establece la causalidad entre la acción ejercida por Patricio Germán Chasi Caiza, quien el día de los hechos, mientras manejaba un vehículo, a pesar de contar con un grado de profesionalización, y de prever la ilicitud de la conducta, incumple con su deber de evitabilidad de ejecutar una acción distinta a aquella que sobrepasa el riesgo jurídicamente aprobado, pues sin diligencia alguna invadió el carril con trayectoria en sentido contrario e impactó a otro vehículo, lo que produjo de forma directa el resultado dañoso de lesiones de Aída Marlene Marca Jácome y Marco Julio Sailema León, y la muerte de Luis Alfonso Sailema Criollo, toda vez que no ha existido interrupción del curso causal que impida la imputación de este accionar por deberse a situaciones independientes o conexas, como erradamente insinúa el censor al referir que por deberse la causa de muerte a una peritonitis que es una infección generalizada, se debió investigar si se trataba de una mala práctica médica o si fue competencia de la víctima, sin tomar en consideración que el informe médico legal suscrito por el perito Franklin Gonzalo Villares Paredes donde se concluye que la causa de muerte del occiso se debe a un traumatismo abdominal consecutivo al accidente de tránsito que ocasionó una peritonitis por laceración intestinal que significó su deceso, fue objeto de un acuerdo probatorio, por lo que se acordó la existencia del hecho incontrovertible de que la muerte del señor Luis Alfonso Sailema Criollo se produjo en virtud del accidente de tránsito.
Finalmente, tenemos que los juzgadores de segunda instancia, del análisis del acervo probatorio y por considerar que la prueba ha cumplido con su finalidad a la luz de lo que prevé el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, comprobaron la materialidad del ilícito de tránsito con resultado de muerte y la responsabilidad de Patricio Germán Chasi Caiza, y la existencia del nexo causal entre estas, conforme lo prevé el artículo 455 *ibídem*, razón por la cual, tras considerar las condiciones propias del caso, ameritaron pertinente la imposición de una pena privativa de libertad, tomando en consideración que acorde a los testimonios rendidos por Franklin David Cueva Delgado y Marco Julio Sailema León, se ha demostrado que la conducta se ejerció con la circunstancia agravante contenida en el artículo 374.3 del Código Orgánico Integral Penal, pues el procesado abandonó el lugar de los hechos, una vez ocurrido el siniestro, razón por la cual confirmaron en todas sus partes el fallo dictado en primer nivel, donde se impuso al procesado la pena privativa de libertad de 3 años, la suspensión de su licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad y la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general.
En mérito de los considerandos que anteceden, consideramos pertinente rechazar el cargo casacional de contravención expresa del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, pues en la especie

los juzgadores de segundo nivel han aplicado esta norma jurídica arribando a la conclusión de que la infracción fue cometida de forma culposa; y además, declaramos que no se ha configurado la violación por contravención expresa del texto de la ley del artículo 146 inciso cuarto *ibídem*, toda vez que se ha demostrado la infracción al deber objetivo de cuidado, ergo la configuración del ilícito de tránsito con resultado de muerte tipificado y sancionado en el artículo 377 *ejusdem*.

2.4.2. De la errónea interpretación del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal.

i) El recurrente alega la violación del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, que dice:

> *"Art. 455.- Nexo causal.- La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones."*

Además, encasilla esta supuesta violación en la modalidad de error de derecho de errónea interpretación del texto de la ley, constante de forma taxativa en el inciso primero del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que a criterio del jurista Orlando Rodríguez:

> *"Es un error de entendimiento de significado, de interpretación equivocada de la norma seleccionada y aplicable que le hace producir consecuencias al caso concreto que no tiene, le da más o menos alcance del que realmente tiene, o le da efectos que le son contrarios. Así el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido (…) la interpreta erróneamente, en una clara felonía a su teología"*[4].

En tal virtud, es preciso colegir que esta causal se produce cuando aún eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, amplifica o restringe su contenido y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

Además, implica que quien la reclama está de acuerdo con la selección de la norma aplicada, es decir ha sido utilizada como fuente en la respuesta judicial, pero se considera que la consecuencia jurídica que le asignó el juez sobrepasa o limita indebidamente los efectos previstos por el legislador para esa norma determinada. De ahí que no se puede reclamar la omisión de la consecuencia jurídica de una norma alegando que esta ha sido mal interpretada, pues lo que se reclama es un error de omisión, no uno de interpretación.

Por lo tanto, para alegar este yerro intelectivo se debe identificar cuál es la norma que fue aplicada por los juzgadores para demostrar que la misma sustentó la decisión impugnada, el mecanismo más elemental es señalar el razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia donde se selecciona y aplica la norma erróneamente interpretada. Con este paso se excluye al error de omisión y se evita confusión respecto de la causal de contravención expresa.

Y, para excluir el error de selección y evitar confusión respecto de la causal de indebida aplicación, se debe razonar por qué la norma que se alega es pertinente para la resolución del caso concreto. Con estos pasos, se determina efectivamente que se reclama un error de interpretación y se salva una proposición técnicamente contradictoria.

Finalmente, para la argumentación lógica del error de interpretación, una vez que se ha determinado que la norma que se alega violada fue aplicada en la decisión y fue correctamente seleccionada, corresponde al recurrente demostrar que la consecuencia jurídica ha producido efectos distintos a los previstos por el legislador.

Por lo tanto, para demostrar un error de derecho de carácter hermenéutico, se debe tener claro cuál es la interpretación conforme a derecho. Para esto, se debe recurrir a las reglas que para el efecto contiene el ordenamiento jurídico, que como garantía del derecho a la seguridad jurídica, está previamente establecidas en la Constitución y la ley.

ii) El impugnante, a efecto de dar soporte a su alegación sostiene que se ha empleado el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal a fin de

[4] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 240.

determinar su responsabilidad al sólo imputarle el resultado, sin tomar en consideración que el estándar contenido en la mencionada norma jurídica no es el único medio para establecer la relación de causalidad, pues el otro es el contenido en el artículo 146 *ibídem*.

De lo manifestado, en primer término tenemos que el censor no explica a ciencia cierta el alcance equívoco o restringido que los juzgadores de segundo nivel le otorgan al correctamente aplicado artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, con lo que no expresa la configuración de este cargo casacional, no confronta la labor jurisdiccional del *ad-quem*, ni expone su incidencia en la decisión sustancial de la causa, deviniendo en una mera alegación genérica de este reproche.

El censor, con posterioridad afirma que lo contenido en el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal no es el único medio para establecer la relación de causalidad, y que para esto debía aplicarse el artículo 146 *ejusdem*, sin tomar en consideración que estas normas jurídicas establecen relaciones de causalidad distintas, pues el artículo 455 *ibídem* determina que las pruebas deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, de cara a cumplir con su finalidad y determinar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, mientras que el artículo 146 -inciso cuarto- de este cuerpo de leyes establece que para que se configure el deber objetivo de cuidado -como uno de sus criterios de evaluación del riesgo- deberá demostrarse la causalidad entre la acción y el resultado dañoso.

Además, debemos ser enfáticos en que los juzgadores de segunda instancia, de los hechos probados, han llegado a determinar tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad del procesado, por considerarse que el mismo ha infringido el deber objetivo de cuidado y su conducta -que ocasionó un accidente de tránsito- ha producido un resultado dañoso -que es la muerte del occiso-, por lo que se encuentra probado el nexo causal entre el delito y el accionar criminoso del condenado.

En consecuencia, colegimos que no se ha vulnerado el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal bajo el yerro intelectivo de errónea interpretación del texto de la ley, pues no se ha verificado que la Sala de alzada haya incurrido en un error hermenéutico en la aplicación de esta norma jurídica amplificando o restringiendo su alcance y contenido, por lo que se rechaza el cargo casacional de errónea interpretación del texto.

En mérito de lo expuesto, se declara improcedente el recurso de casación incoado por Patricio Germán Chasi Caiza, por considerar que la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 14 de enero de 2020, las 15h25, no ostenta errores de derecho que ameriten enmendarse, por lo que no existe mérito alguno para ejercer nuestra función nomofiláctica y casar de oficio la misma.

III. DECISIÓN

En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, **"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 de Justicia, declara improcedente el recurso de casación propuesto por el procesado Patricio Germán Chasi Caiza, y se confirma en todas sus partes la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 14 de enero de 2020, las 15h25. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Walter Macías Fernández, JUEZ NACIONAL; Dr. Adrián Rojas Calle, JUEZ NACIONAL (E).

XIV

Juicio Nro. *07283-2018-00015*
Resolución Nro. *755-2021*
Fecha: *lunes 12 de julio del 2022, las 08h56*

TEMA: Derecho a la verdad en delitos sexuales.

ASUNTO

Fiscalía inicia acción penal pública en contra de Mario Alberto Rodríguez Tarira, por el delito de violación a una menor de diez años, conforme lo establecido en el primer inciso del artículo 171 inciso segundo, numeral 3, del Código Orgánico Integral Penal.

En el presente caso, se discute la importancia que reviste el derecho a la verdad en los delitos de naturaleza sexual, en relación a la aplicación del principio *non reformatio in pejus*, cuando ha existido un cambio del tipo penal en el proceso.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala, provincia de El Oro, considera que no se han podido probar los elementos constitutivos del tipo penal del delito de violación, pero que, sin embargo, la conducta del procesado se adecúa al delito de abuso sexual, tipificado en el artículo 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificatoria de la pena del inciso tercero *ibídem*.

En ese sentido, el tribunal dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, declarándolo culpable del delito de abuso sexual e imponiéndole la pena privativa de libertad de diez años, el pago de una multa y, como mecanismo de reparación integral a la víctima, una reparación monetaria.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro conoce el recurso de apelación interpuesto por el procesado y señala que discrepa con el tribunal a quo, respecto a la calificación jurídica del tipo penal de "abuso sexual", por no corresponder a la verdad procesal probada en juicio, pues en el proceso se demostró, más allá de toda duda razonable, el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, sobre el cometimiento del delito de violación, planteado en la teoría del caso de Fiscalía.

El tribunal agrega que la pena privativa de libertad que le correspondería al procesado es de veintidós años, conforme al primer inciso del artículo 171, que sanciona el inciso 2, numeral 3, del Código Orgánico Integral Penal, considerando que la víctima es menor de 10 años, pero que, sin embargo, en virtud del principio constitucional y procesal de non reformatio in pejus, previsto en el artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República y artículo 5 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, al ser el procesado el único recurrente, por lo que no se puede empeorar su situación jurídica, se realiza la declaración del delito de violación, ratificando la pena privativa de libertad de diez años impuesta por el tribunal a quo.

En conclusión, la Sala resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirmar la sentencia condenatoria que declara su culpabilidad, pero por el delito de violación, mas no como erróneamente fue sentenciado, por el delito de abuso sexual. Además, se ratifica la pena privativa de libertad, el pago de la multa y el monto de la reparación integral señalada por el tribunal a quo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07283-2018-00015

Juez Ponente: Dr. Luis Rivera Velasco

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, lunes 12 de julio del 2022, las 08h56.
VISTOS:
El señor Mario Alberto Rodríguez Tarira, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de fecha 14 de febrero de 2022, las 10h11, la cual rechazó el recurso de apelación interpuesto por él y reformó el delito a violación sexual, -pero manteniendo la pena por el principio de non reformatio impeius- la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, provincia de El Oro, de fecha 04 de mayo de 2021, las 09h46, en la que se le declaró al recurrente, autor del delito de abuso sexual, tipificado en el artículo 170 inciso primero, del COIP, por lo que le impuso la pena de diez años de privación de libertad, multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general, más el pago de reparación integral a favor de la víctima.
Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, se considera:
PRIMERO
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

i. Mediante la resolución núm. 008-2021 de 28 de enero de 2021, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la Selección y Designación de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

ii. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial núm. 38 de 17 de julio de 2013.

iii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), artículo 10 inciso 2, 184, 186.1 y 192.4 del COFJ, y artículo 656 Código Orgánico Integral Penal (COIP).

iv. Mediante sorteo de 31 de marzo de 2022, las 16h43, ante la presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el tribunal encargado de conocer la causa, el mismo que quedó integrado por los jueces Luis Rivera Velasco (ponente), Felipe Córdova Ochoa y Walter Macías Fernández.

SEGUNDO
ANTECEDENTES
2.1. Antecedentes fácticos:
Según consta en la sentencia de Tribunal de Juicio, los hechos que motivarían la condena en la presente causa se contienen en lo siguiente:
"el 20 de septiembre del 2017 la victima de iniciales N. V.V.C., ha revelado a su madre María Esperanza Castro Vivero que en los días y meses anteriores a la indicada fecha habría sido sujeto de un delito de violación sexual, perpetrado por el acusado Mario Alberto Rodríguez Tarira, conviviente de su tía paterna de nombres María de Lourdes Perero Perero, estos hechos habrían sido

revelados cuando la víctima cruzaba los cinco años y que habrían ocurrido en el domicilio perteneciente a la ciudadana María de Lourdes Perero Perero ubicada en la calle 9na Norte o denominada como Iván Echeverría Espinoza entre la calle 10 de Agosto y 23 de Abril de esta ciudad de Machala, lugar donde vivía el acusado durante su convivencia con la mencionada propietaria del inmueble, Fiscalía está en capacidad de probar la hipótesis de cargo propuesta en esta audiencia y siendo responsable legal de la carga de la prueba, aportaremos los medios probatorios idóneos para destruir el estado de inocencia y demostrar la responsabilidad del procesado. Fiscalía había dicho que probará un delito de violación sexual en contra de la víctima en el sentido que según el soporte y examen médico legista realizado a la menor el día de los hechos se ha encontrado que ésta presenta las siguientes lesiones que la usuaria de iniciales N.V.V.C es una niña de cinco años que presenta desfloración antigua completa, no existen lesiones extra ni para genitales, pero sí de acto de presunción contra natura y de infección vaginal establece el médico legista, en este sentido Fiscalía probará el cometimiento del delito de violación.[1]

2.2. Antecedentes procesales:

i. Sentencia de primer nivel dictada por la Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala Provincia de El Oro, con fecha 4 de mayo del 2021, las 09h46, mediante la cual se resuelve:

[…] "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declarando la culpabilidad dicta SENTENCIA CONDENATORIA en contra del procesado MARIO ALBERTO RODRIGUEZ TARIRA, por haber adecuado su conducta al delito tipificado en el Art. 170 inciso primero, con la concurrencia de la circunstancia modificatoria de la pena del inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de AUTOR DIRECTO, de conformidad al Art. 42 numeral 1, literal a) ibídem; este Tribunal le impone al ciudadano Mario Alberto Rodríguez Tarira LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE DIEZ AÑOS, disponiendo el pago de una multa consistente en CUARENTA SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, en atención a lo previsto en el Art. 70.9 del COIP, la misma que deberá ser depositada en el Banco BANECUADOR B.P. No. de cuenta 3001095881, código 170499 multas, a nombre del Consejo de la Judicatura, con la advertencia que de no dar cumplimiento a la obligación de pago se remitirá al Juzgado Provincial de Coactiva, conforme se ha dispuesto mediante oficio CIRCULAR No. DPO43542014, de fecha 22 de diciembre del 2014, suscrito por el señor Director Provincial del Consejo de la Judicatura de El Oro, la cual deberá ser cancelada una vez ejecutoriada la sentencia. De conformidad a lo establecido en el Art. 78 de la Constitución de la República y en atención a lo previsto en el Art. 77 del COIP, como mecanismo de Reparación Integral a la violencia ejercida hacia la víctima, se dispone que el hoy sentenciado MARIO ALBERTO RODRIGUEZ TARIRA, penalmente responsable, deviene la obligación de reparar monetariamente a la víctima, imponiéndole el pago de CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA a la representante legal de la víctima, la acusadora particular señora María Esperanza Castro Vivero. Se dispone que la víctima reciba atención psicológica en una de las unidades del Ministerio de Salud Pública. Se declara con lugar la acusación particular en los términos de esta sentencia. Con costas procesales en doscientos dólares. La pena la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Machala o donde las Autoridades Carcelarias lo determinen. A esta pena se le imputará todo el tiempo que por este hecho haya sido privado de su libertad. De conformidad al Art. 64.2 de la Constitución de la República y con lo previsto en el Art. 68 del Código Orgánico Integral Penal, se suspenden los derechos de la

[1] Cita a fojas 383 vta. a 384 vta. del cuaderno de primera instancia.

persona sentenciada por el tiempo que dure la pena. (…)" […] [2].

ii. Sentencia de segundo nivel dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, 14 de febrero del 2022, las 10h11, mediante la cual se resuelve:

> […] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, en observancia a los principios constitucionales de Legalidad adjetiva, non reformatio impejus y Seguridad Jurídica, previstos en los Art.76.3, 77.7 y Art.82 de la Constitución de la República del Ecuador respectivamente, que conlleva la observancia del Debido Proceso, Tutela Judicial Efectiva, observando la verdad procesal probada en juicio conforme el Art.27 del Código Orgánico de la Función judicial, Art. 13.1.2 y 171 Inciso primero que sanciona el Inc. Segundo numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, al ser la víctima una niña de 5 años de edad del Código Orgánico Integral Penal, bajo el análisis ut supra, por decisión unánime RESUELVE:
>
> Rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por el sentenciado en consecuencia se CONFIRMA la Sentencia Condenatoria que DECLARA LA CULPABILIDAD del ciudadano procesado MARIO ALBERTO RODRIGUEZ TARIRA de 39 años de edad, por haber adecuado su conducta al delito de VIOLACIÓN descrito normativamente en el Art.171 Inciso primero que sanciona el Inc. Segundo numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, al ser la víctima una niña de 5 años de edad a la fecha de los hechos, más no el delito de "Abuso Sexual" como erróneamente califica el Tribunal Aquo, en calidad de autor directo en los términos del Art. 42 numeral 1) literal a) ibídem.
>
> El Tribunal de alzada si bien comparte el criterio jurídico del Tribunal Aquo respecto a la declaratoria de culpabilidad del justiciable, sin embargo discrepa con la calificación jurídica del ipo penal que realiza, abstrayéndose de la prueba de cargo aportad por Fiscalía y la Acusación particular, determinándose que el delito probado en juicio es de VIOLACIÓN de una niña de 5 años de edad a la fecha de los hechos, al ser el procesado MARIO ALBERTO RODRIGUEZ TARIRA el único recurrente no se puede empeorar su situación jurídica en observancia del principio constitucional y procesal NON REFORMATIO IMPEJUS previsto en el Art. 77 numeral 14) de la constitución de la República y Art. 5 numeral 7) del Código Orgánico Integral Penal por consiguiente SE RATIFICA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE DIEZ AÑOS, multa de 40 salarios básicos unificados y el Monto de Reparación Integral, impuesta por el Tribunal Aquo, siendo esta la pena, que debe cumplir el sentenciado, acorde a la normativa legal invocada. […].[3]

iii. De este fallo -conforme quedara referido inicialmente-, el procesado MARIO ALBERTO RODRÍGUEZ TARIRA, insistente en su afán impugnatorio, presenta recurso de casación, en atención a lo que dispone el artículo 656 del COIP.[4]

iv. Auto de 10 de marzo de 2022, las 16h05, dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de El Oro, mediante el cual se remite el expediente a esta judicatura.

i. Mediante sorteo de 31 de marzo de 2022, las 16h43, ante la presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se conformó el tribunal encargado de conocer la causa, el mismo que quedó integrado por los jueces Luis Rivera Velasco (ponente), Felipe Córdova Ochoa y Walter Macías Fernández.

v. Mediante auto de 27 de junio de 2022, las 11h58, se convocó a audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso de casación para el día 01 de julio de 2022, las 14h45.

---

[2] Sentencia a foja 383 a 419 vta. del cuaderno de primera instancia.
[3] Sentencia a foja 21 a 62 del cuaderno de segunda instancia.
[4] Recurso de casación de fojas 73 a 79 del cuaderno de segunda instancia.

TERCERO
Audiencia de fundamentación del recurso de casación
3.1. INTERVENCIÓN POR PARTE DEL DR. ROSILLO SOLORZANO, EN REPRESENTACIÓN DEL CIUDADANO PROCESADO RECURRENTE FERNANDO JAVIER VERDEZOTO BONILLA:

- Indica que la causal por la cual ha interpuesto recurso de casación es por contravenir expresamente la aplicación de la ley, en los artículos: 5 numerales 1 y 7 y 13 numerales 1.2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal y los artículos: 76 numeral 3 y 77 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Sostiene que hay una contravención expresa de la ley pues el 4 de mayo del 2021, se sentencia en primera instancia el delito de abuso sexual, por este delito se impone una pena de 10 años de privación de libertad, sobre esta sentencia de primera instancia el único recurrente, la única persona que presentó el recurso de apelación fue el procesado, siendo el procesado el único recurrente, debido a que ni la Fiscalía ni la acusación particular presentaron apelación. La audiencia de apelación de 14 de febrero de 2022, en la cual se sentenció por el delito de violación, siendo la parte procesada la única recurrente, e indica que lo sorprendente no es el hecho de que hayan sentenciado por el delito de violación, sino que sentencian por el delito de violación, pero mantienen la pena de 10 años debido a que en el razonamiento que hacen los Jueces de la Corte Provincial no podían aumentar la pena por él non reformatio in peius al ser los únicos recurrentes, sin embargo en su sentencia son sumamente claros al establecer que el delito que ellos han determinado y por el cual el procesado debe cumplir la pena es el delito de violación, en este punto yo no quiero pronunciarme, porque mi recurso no va en ese sentido de que ustedes valoren hechos, de si existe o no el delito de violación, porque eso no es el objeto de este recurso de casación.
- Pregunta si se puede sentenciar por un tipo penal pero establecer la pena de otro tipo penal, si el no reformatio in peius implica solo el tiempo de la pena o hay otros aspectos que se debería observar y señala que debería revisarse si existe algún menoscabo en los derechos del procesado al ser declarado culpable de un delito de violación y no de un delito de abuso sexual.
- Resalta que en el derecho penal conocemos la tipicidad, mismo que establece el umbral punitivo que existe para cada tipo penal y cuando se declara culpable a una persona o un tipo penal, la pena solo puede estar dentro de ese umbral punitivo. La Corte Provincial ha determinado que el procesado Mario Alberto Rodríguez Tarira ha cometido el delito de violación, pero le está imponiendo una pena de 10 años, que no está dentro del tipo penal ni dentro del umbral posible del tipo penal.
- Explica que la Constitución, en el artículo 76 numeral 3 es sumamente claro y dice que: *"(…) no se puede aplicar una sanción no prevista en la Constitución o en la Ley (…)*", estamos en un caso que están básicamente estableciendo que el procesado es culpable de un tipo penal, pero le están poniendo la pena de otro tipo penal, esto es de abuso sexual.
- Indica que la teoría del caso de Fiscalía, y en su momento inicial también de la concepción particular, es que había ocurrido una violación, sin embargo, luego de la audiencia de juicio el Tribunal de primera instancia, determinó que no era violación sino un abuso sexual y por eso se condenó al procesado 10 años, luego en apelación, el Tribunal de segunda instancia valora toda la prueba nuevamente, establece que el Tribunal de primera instancia se equivocó, que no era abuso sexual sino violación, pero se ven impedidos de aumentar la pena, porque el procesado era el único recurrente y como método de solución, establecen que el delito, por el cual lo sentencian es violación, pero que no le pueden aumentar la pena.
- Acusa que lo que han hecho atenta contra el principio de legalidad, contra el principio de tipicidad y contra la interpretación penal, que la interpretación penal es sumamente restrictiva, que solo se puede imponer la pena que está en el tipo penal, que no hay otra pena que se pueda imponer, y que en ese sentido, no se puede sentenciar a una persona con un tipo penal e imponer la pena de otra. Esto afecta directamente a los derechos que ha referido.
- Ahora respecto de la segunda consulta, sobre esta garantía el non reformatio in peius la Corte Constitucional se ha pronunciado su sentencia número 768-15-EP del 2020, la cual ha dicho que: *"(…) agravar las sanciones penales no comprende únicamente el elevamiento de penas privativas de libertad, el menoscabo de la*

situación jurídica del procesado implica cualquier resultado que comporta un incremento negativo de sus consecuencias jurídicas en el plano sancionatorio(…)" es decir el Tribunal de segunda instancia ha interpretado de manera incorrecta la garantía del non reformatio in peius, porque única y exclusivamente lo está analizando desde el tiempo de la pena que puede establecer, cuando la Corte Constitucional ha sido clara que el non reformatio in peius implica una garantía mucho mayor que no es solo el tiempo de la pena.

- Aclara que existe afectación en el punto de vista de las garantías penitenciarias a las cuales el procesado se podría acoger y desde el mismo hecho de que afecta la tipicidad, por el cual él tendría eventualmente algún tipo de antecedentes penales.
- Señala que todo el análisis que hace la Corte Provincial de todos los argumentos que se les presentó fue extralimitado, porque solo podía analizar si había o no había existido abuso sexual, por lo que la Corte extralimita sus funciones, al determinar un delito que no podía hacerlo, porque el procesado era el único recurrente y porque ni la Fiscalía ni la acusación particular, alegaron que hubiera existido alguna violación en segunda instancia, porque ellos en primera instancia estuvieron conformes con la sentencia y por eso no presentaron el recurso de apelación.
- Indica que no pretende que el Tribunal de casación analice los hechos y llegue a determinar qué delito se cometió, pues eso no es competente, sino que solicita que este Tribunal de casación analice si la garantía del non reformatio in peius, el principio de legalidad y la tipicidad se han respetado en la sentencia de segunda instancia, pues sostiene que evidentemente no se lo ha hecho y por eso es que sostiene que se ha violentado los artículos: 5 numeral 1 y 713 numerales 12 y 3 del COIP, 76 numeral 3 y 77 numeral 14 de la Constitución.
- Pide que se declare con lugar este recurso de casación, que se retrotraiga el proceso, porque la sentencia de segunda instancia que hoy estoy recurriendo adolece de nulidad, porque hay una evidente afectación al debido proceso por no contar con la garantía de legalidad y de non reformatio in peius.
- Solicita volver a tener una segunda instancia en la cual se respeten todas las garantías del procesado, porque la sentencia subida en grado es evidentemente nula, e indica que este Tribunal de casación no está en capacidad para analizar los hechos, por los cuales se dictaron estas sentencias, lo que sí pueden hacer es analizar el derecho que aplicaron erróneamente, porque están contraviniendo expresamente la ley.(sic)
- Pide que se deje sin efecto la sentencia de segunda instancia, que se retrotraiga el proceso al momento antes de la audiencia de sustanciación de segunda instancia y que, previo sorteo, un nuevo Tribunal conozca de los argumentos que fueron presentados en segunda instancia y sean resueltos respetándose todas las garantías del debido proceso y aplicando correctamente la ley.

3.2. INTERVENCIÓN POR PARTE DEL DR. ALFREDO RODRÍGUEZ RAMOS, DELEGADO DE FISCALIA GENERAL DEL ESTADO:

- Señala que todo mensaje que sea de orden de casación tiene que ser estructurado sobre la base de la debida fundamentación y esta debida fundamentación ya ha sido desarrollada, tanto por la jurisprudencia de Corte Nacional como por la doctrina, en la que debe referirse o cumplirse 3 aspectos fundamentales: El primero que es el de taxatividad, pues si bien de manera general la parte recurrente habla de la contravención de las normas legales y constitucionales que ha indicado, no cumple con el principio de autonomía ni con el de trascendencia, en el principio de autonomía no se cumple, por cuanto no se ha confrontado el razonamiento del juzgador entorno a la interpretación y aplicación de las normas que se consideran vulneradas, en la que se establezca que estas normas fueron omitidas u olvidadas en la selección para resolver la controversia y no se ha articulado en ese sentido este principio de autonomía para dar paso al siguiente principio que es el de trascendencia, entonces no se trata de un error desatendible en sede de casación por la falta de articulación de estos 3 principios fundamentales.
- Indica que en cuanto a la forma de argumentación que debe cumplir un mensaje casacional, hay que señalar lo siguiente: que la pretensión nuclear de la parte recurrente es precisamente que se ha vulnerado el principio de raigambre constitucional del non reformatio in peius.
- Sostiene que en sede de apelación, el argumento esencial de la parte procesada de que no se había cometido el delito de violación -que Fiscalía desde la primera fase procesal había

acusado- es precisamente el debate de instancia, es decir el debate en sede de primer nivel, en el que se estableció esa teoría fáctica por parte de Fiscalía, en el proceso de contradicción la parte recurrente se defendió de esas premisas fácticas y de esos elementos probatorios y el Tribunal de mérito estableció que se trataba de un delito de abuso sexual.

- Señala que con ocasión de su objeto de recurso de apelación, el procesado estableció de que efectivamente no existía o no se había cometido la conducta que está representada en el verbo rector del tipo penal de violación, entonces con todos estos argumentos la Sala de apelación hizo, un estudio del cuadro fáctico de la prueba pericial en el que estableció que existía desgarro antiguo en el himen de la víctima que era menor de 5 años, se hizo un análisis probatorio del informe psicológico, en el que se establecieron los test de verificación de lo acorde a la edad de la víctima, sobre los hechos narrados por esta se estableció que estos mismos hechos o los dichos de esta víctima se reproducían en las pruebas que fueron practicadas, para determinar tanto la materialidad de la infracción como la el responsabilidad del procesado, entonces lo que se hizo fue un análisis y entorno a la parte normativa, es decir a la calificación jurídica del hecho, porque recordemos bien que cuando se considera que existe un análisis del hecho debe estar intrínseco el principio de inmediación y cuando no está intrínseco el principio de inmediación estamos hablando de un estudio netamente de derecho, es decir de la calificación jurídica y dentro de los de los acápites numerados en la sentencia de apelación, se expone específicamente que no cuestiona la parte fáctica, es decir los hechos y las pruebas sino la calificación jurídica, esto es, que se apartan del razonamiento que hace el Tribunal de mérito en cuanto a la calificación jurídica que bien lo pueden hacer, ya que la doctrina establece que no se puede y no se vulnera normas constitucionales, cuando el raciocinio o el debate de apelación se hace netamente sobre la calificación jurídica.
- Explica que para determinar que efectivamente no se trató de un delito de abuso sexual, sino de violación se hizo un análisis del tipo de conducta realizada, el tipo de sujeto pasivo con el cual se cometió las pruebas con las cuales se sustenta ese juicio de tipicidad y se hizo también un análisis en perspectiva de género, que en la doctrina internacional establecen que como parte de la motivación también deben las sentencias de ser estructuradas en perspectiva de género y finalmente luego de haber hecho todo este raciocinio de juicio de tipicidad entorno al hecho y sustentado en las pruebas pertinentes se estableció que el procesado era el único recurrente y por esas razones no podría empeorarse la situación jurídica y esta sentencia es declarativa, es decir que simplemente explican que la conducta por la cual debió haber sido procesado debió haber sido por el delito de violación, entonces no surtió efectos jurídicos o esta sentencia no surtiría efectos jurídicos para dar respuesta a las interrogantes que ha expuesto la parte recurrente entorno a si se ha vulnerado el principio de la non reformatio in peius.
- Considera que no se ha vulnerado, porque se trata de una sentencia declarativa en la que se ha hecho un análisis normativo por la aplicación del derecho que debió haber sido considerada por el Tribunal de mérito y por ende tampoco se está empeorando la situación del recurrente.
- Indica que el recurso de casación no puede cumplir los efectos para los cuales fue diseñado, pues no se está hablando de una sentencia que tenga efectos jurídicos, puesto que como bien lo dijo la parte recurrente se trataba de la única parte que impugnó la sentencia se dejó en una motivación normativa de forma declarativa, puesto que no rebasaron el principio constitucional, entonces esta situación de orden impugnatorio en esta sede ya tienen un alcance analizado en sede de apelación, en la que ya se estableció que efectivamente el error de hecho analizado por la Sala de apelación no correspondía a la aplicación del derecho que la Sala de segundo nivel ha establecido.
- Respondiendo a estas 3 interrogantes que ha hecho el recurrente, explica que no se ha vulnerado el non reformatio in peius, el análisis de la Sala de apelación se ciñe a los presupuestos sometidos a debates y se ha garantizado efectivamente este principio, puesto que están explicando en la parte final.
- Indica que tal vez está inconforme con la manera de haberle dicho que se trata de una sentencia que no le va a perjudicar a la parte recurrente, lo que no es un reproche de casación sino una inconformidad con la sentencia impugnada.

- Sostiene que los argumentos esgrimidos en esta audiencia son inocuos para ser considerados sobre la posible vulneración de alguna de las normas que ha señalado, puesto que no han sido estructurados conforme a la naturaleza el recurso de casación y por ende tampoco en sus demás estructuras de argumentación no se ve que la sentencia de apelación tenga un empeoramiento de la situación jurídica, lo que se entiende de la impugnación expuesta es que existe una inconformidad con la forma de explicarle la calificación jurídica por la que debió haber sido procesada, sin que ello haya rebasado el umbral que representa la non reformatio in peius.
- Solicita que el recurso sea declarado improcedente.

3.3. INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA DRA. PATRICIA ALEXANDRA GRANDA HERRERA, EN REPRESENTACIÓN DE LA VÍCTIMA NVVC Y DE LA OFENDIDA MARIA ESPERANZA CASTRO VIVERO.-

- Indica que la acusación particular no apeló por el hecho de que todo el suceso dado en una nena de 5 años afectó al núcleo familiar, afectó a la niña a tal punto que hasta el día de hoy la niña ha podido realmente subsanar toda esa etapa vivida, recordemos que es una niña de 5 años donde ella ya tenía conocimiento de qué era lo que le había pasado y no se preguntaba, porque realmente habiendo confiado en alguien muy cercano a su familia habría provocado tanto daño físico y psicológico de algo que dentro del proceso se pudo probar hasta la saciedad.
- Sostiene que el sentenciado siempre tuvo la defensa técnica y nunca pudo demostrar que él no fue efectivamente el responsable de ese hecho, tanto la Fiscalía como la acusación particular siempre presentaron la teoría del caso como violación, porque así se pudo probar, pero que llama la atención que el Tribunal sentenció en otro tipo, pero lo único que buscaba la madre de la víctima era simplemente hacerle justicia a su hija de 5 años, que le habían arrancado su inocencia, por alguien que era consciente de la realidad que alguien había abusado de la confianza de la familiaridad que tenía para haberle provocado tanto daño a su hija.
- Señala que estos parámetros que se demostraron y que realmente fueron objeto de análisis por la Sala, por la cual apeló en primera instancia el recurrente realmente fueron los que provocaron viendo el hecho de se trataba inclusive de una menor de 5 años, lo que conllevó a que ellos analizarán todo esos hechos y que ellos realmente se dieran cuenta que si existía el delito de violación y qué más allá era la agravante por tratarse de una menor de 5 años, cosas que realmente dejan una conmoción dentro de la familia un entorno social, familiar, donde no podemos permitir que algo así pueda pasar, muchas de las veces tratamos los temas de violación pero tenemos que verlos desde el punto de vista desde que edad ha sido violada la persona y hoy estamos tratando de la violación de una niña de 5 años marcada de por vida y eso también fue lo que la Sala analizó en ese instante.
- Solicita que se declarare improcedente el recurso presentado por el recurrente, y se ratifique la sentencia en contra del procesado, hoy sentenciado Mario Alberto Rodríguez, por el delito causado a una menor de 5 años, en nada va a reparar ni los años que le hayan dado ni sea diez, quince o sean veinte, y nada va a reparar la inocencia de una menor de 5 años y la de toda la familia. Esto afecta de sobremanera, porque es alguien dentro de nuestro entorno familiar y que cada vez que nos vemos afectados en una audiencia como hoy nos retrae nuevamente a vivir, nuevamente ese entorno que se vivió hace años cuando se descubrió y se llevó a cabo todo el proceso,
- Pide que se ponga punto final en honor a la verdad, en honor a la decencia de una pureza angelical de una niña de 5 años y al entorno psicológico que está afectando mucho, no solamente a la niña sino a la madre.

3.4. INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA OFENDIDA MARÍA ESPERANZA CASTRO VIVERO:

- Señala que su hija hace 5 años atrás fue víctima de esto, y que está afectada hasta el día de hoy, que tiene 10 años.
- Indica que como núcleo familiar no han podido superar esta situación.
- Sostiene que sabe que ganaron un juicio anteriormente a este señor, lo condenaron a 10 años, esto no va a compensar nada de lo que pasó, su hija sufre, hasta el día de hoy duerme con ella, su hogar se destruyó el día de hoy, está aquí sin dignidad, a su hija le arrebataron su vida, su hija piensa que toda persona que se le acerque le va hacer daño, amigos, compañeros, pese a que tiene valoración psicológica.

3.5. RÉPLICA POR PARTE DEL DR. ROSILLO SOLORZANO, EN REPRESENTACIÓN DEL CIUDADANO PROCESADO RECURRENTE FERNANDO JAVIER VERDEZOTO BONILLA:

- Contestando a la argumentación de la Fiscalía, respecto a que sostiene que es una sentencia declarativa de tipo penal, más no que cambia lo que el tipo penal por el cual sea sentenciado, yo quisiera que este Tribunal cuando esté deliberando, revise la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, porque la parte resolutiva dice textualmente *"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declarando la culpabilidad dicta SENTENCIA CONDENATORIA en contra del procesado MARIO ALBERTO RODRIGUEZ TARIRA, por haber adecuado su conducta al delito de violación (…)",* en su parte resolutiva confirma una sentencia inexistente, porque Mario Alberto Rodríguez Tirira jamás fue sentenciado por el delito de violación, y eso es justamente lo que yo estoy atacando, porque esto no se trata de una definición doctrinaria que podrían en el razonamiento establecer que el tipo penal probado era la violación, pero en la resolución simplemente rechazaron el recurso de apelación y ratificaron la sentencia de primera instancia en todas sus partes.
- Señala que lo que hace el Tribunal de segunda instancia es condenarlo a violación y eso dice la resolución, esto ya va más allá del razonamiento que haya en la sentencia de la parte resolutiva, específicamente lo condena con el tipo penal de violación y por eso es que yo sostengo que se han violentado todos los artículos que ha establecido y justamente aquí es donde se cumple todo lo que Fiscalía menciona, la trascendencia y la autonomía de este recurso.
- Indica que el Tribunal de apelación se ha equivocado en su sentencia y ha violentado derechos del debido proceso, por lo que se debe retrotraer el proceso para que se respeten todas las garantías y el procesado, si tiene que ser condenado, sea condenado, en un proceso en el cual se respeten todas las garantías.
- Concluye que la sentencia no es que es un tipo declarativa, lo está condenando a violación y lo está condenando por fuera del umbral normativo que permite el COIP, violentando totalmente toda garantía de non reformatio in peius, fallando contra derecho, respecto de la interpretación de las normas penales establecidas en el artículo número 3, fallando en contra de lo establecido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, esa es la trascendencia, esa es la importancia de este recurso de casación y la falla que alega es sumamente técnicas y nada tiene que ver con los hechos que se han relatado fuera de la sensibilidad que evidentemente trae el tema. Resalta que ha hecho una argumentación sumamente técnica.
- Insiste en que la resolución en la sentencia en su parte resolutiva cambia el tipo penal y dispone una pena distinta al tipo penal que le tocaba.
- Se ratifica en todas mis pretensiones.

CUARTO
ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1. Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicado en el Registro Oficial núm. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso; por consiguiente, las normas aplicables son las contenidas en el referido COIP.

4.2. Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del COIP, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE, por lo que se declara su validez.

4.3.- Sobre el debido proceso y la seguridad jurídica

El artículo 76 de la CRE, garantiza el derecho al debido proceso, que implica según sus números 1 y 3 que "*Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes";* y que *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*

El artículo 82 de la CRE reconoce el derecho a la seguridad jurídica 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*".

La Corte Constitucional del Ecuador, en el dictamen número 003-19DOP-CC, emitido en el caso número 0002-19-OP, estableció que el derecho al debido proceso no es una mera norma de regulación formal de los procedimientos, sino un derecho constitucional material de protección, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sobre el principio de legalidad, previsto en el artículo 76.3 de la CRE, la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia número 031-10-SEP-CC, caso 0649-09-EP, estableció que "*esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el art. 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*".

En el citado dictamen número 003-19-DOP-CC, la actual Corte Constitucional estableció que la CRE determina conexiones entre sus disposiciones de carácter garantista y los derechos de protección. Así, el debido proceso tiene íntima relación con el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica, "*ya que el derecho de acción para acceder y aperturar un proceso ante los órganos jurisdiccionales (acceso a la justicia), implica la debida diligencia de los operadores de justicia para asegurar las garantías procesales y la emisión de resoluciones motivadas que apliquen normas claras y previamente establecidas (desarrollo del debido proceso), culminando con el cumplimiento pleno y real de las decisiones jurisdiccionales (ejecución de los fallos)*".

En el mismo dictamen, sobre la seguridad jurídica, desde las garantías del debido proceso estableció:

> (…)17. El art. 76 número 1 de la Constitución ecuatoriana establece como parte integrante del debido proceso "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", es decir, establece una interrelación de los ámbitos objetivo y subjetivo del Derecho, y de sus dimensiones normativa, axiológica y fáctica, de la que se desprende que el ordenamiento jurídico no únicamente pretende el cumplimiento fidedigno de las normas en un plano abstracto y objetivo del Derecho, sino que en la realidad, estas regulaciones generen certeza en la protección concreta y subjetiva de los derechos.
>
> 18. En este sentido, se conforma la expresión más amplia e integral de la **seguridad jurídica, que busca lograr como objetivo, la prohibición de la arbitrariedad, esto es, contar con la certidumbre de que los principios fundamentales que plasman la igualdad y la justicia material, permitirán controlar los abusos, la discrecionalidad ilimitada y los excesos**. Esto, en función de la permanencia de postulados supremos, aun cuando las normas, reglas jurídicas y circunstancias fácticas cambien, escenario en el cual, es necesaria la configuración permanente de nuevas certezas, desde un enfoque evolutivo, y no estático del Derecho, con una visión que coadyuve a la generación de certidumbres jurídicas, no solamente desde la dimensión normativa, pues la vigencia de normas claras y previas, debe plasmar la justicia de los principios apológicos para proteger los derechos, y trascender hacia la eficacia en el plano fáctico (…) [negrillas fuera de texto].

El irrespeto al derecho al debido proceso, entonces, puede implicar vulnerar también los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, por lo que es deber de toda autoridad jurisdiccional respetar estos derechos y verificar que hayan sido cumplidos en todas las causas puestas a su conocimiento, ya que solo así cumple su rol garantista constitucionalmente asignado.

Entre las garantías del debido proceso está el derecho a recurrir; que en nuestro sistema procesal penal se expresa a través del recurso de apelación, siendo aquel que permite la revisión íntegra de la sentencia tanto en cuestiones de hecho como de derecho.

Por otra parte, el recurso de casación no es instancia, ni grado, sino un medio de control de la legalidad de la decisión judicial (artículo 10 del COFJ), y mecanismo de tutela del derecho a la seguridad jurídica.

4.4.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 CRE[5]; es por ello que, en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento

jurídico que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido, deviene que la casación es un medio de impugnación extraordinario contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico o de formalidad, igualmente jurídica; y que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado. Es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad y, por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[6]

El recurso de casación como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, 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 la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> (…) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (…) [7]

4.5.- Técnica jurídica para la fundamentación del recurso de casación

La técnica jurídica expresada en la doctrina, y basada en los principios de taxatividad, trascendencia y autonomía, sugiere que la fundamentación del recurso de casación contenga los parámetros que se proceden a explicar, con la finalidad de que el interés para recurrir de la impugnante no se encuadre en los temas que la legislación excluye del tratamiento de este recurso extraordinario:

4.5.1.- Mencionar una norma jurídica específica que se considere vulnerada en el fallo impugnado; lo cual excluye la mención genérica del

---

[5] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado "… [que] *se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela…"* [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

[6] Samuel Ramírez Poveda en su obra *"Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal"* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: *"La actual casación penal 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 firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (…) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."*

[7] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una

cuerpo de normas que contiene la disposición concreta, o la utilización de una disposición jurídica que contiene varios números o letras con diversos contenidos, sin determinar cuál de ellos se considera vulnerado.

4.5.2.- Determinar una causa específica de aquellas contenidas en el artículo 656 del COIP; tomando en consideración que no se pueden presentar, sobre una misma norma jurídica, dos o más de ellas.

Para efectos de este requisito, se debe determinar el contenido de las causas de la siguiente forma: **a)** *Contravención expresa*, la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que aquella norma omitida era la pertinente; **b)** *Indebida aplicación*, que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que tal disposición no era la pertinente; y **c)** *Errónea Interpretación*, que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

4.5.3.- Establecer la argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación; lo cual se logrará al: **a)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; **b)** Confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y **c)** Explicar la influencia que ha tenido el error de derecho sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

Ahora bien, por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que, con el fin de posibilitar el análisis del respectivo tribunal de casación, cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (principio de autonomía).

4.6. Examen de Casación

El suscrito Tribunal de Casación, desde el rol de órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia -en el caso de haberlos-, debe despejar las alegaciones casacionales planteadas por la defensa técnica del recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso y que constan precisadas en los subpuntos 3.1 y 3.3 de este fallo, en los siguientes términos:

4.6.1. El procesado señala que interpone su recurso de casación por la causal de contravenir expresamente la aplicación de la ley de los artículos 5.1.7 (legalidad y non reformatio impeius) y 13.1.2.3 (interpretación estricta) del COIP; 76.3 (legalidad) y 77.14 (non reformatio impeius) de la Constitución de la República y como fundamento central indica que en primera instancia se he habría sentenciado por el delito de abuso sexual, mientras que en segunda instancia, pesa a ser el procesado el único recurrente, se le habría declarado autor del delito de violación sexual, manteniendo la pena de diez años de privación de libertad, inicialmente impuesta.

Explica que el yerro que acusa se basa en que no es posible sentenciar a una persona por un tipo penal, y aplicar una pena de otro injusto, pues, resalta, que el principio de non reformatio impeius no implica solo el tiempo de la pena, sino que existen otros aspectos que se deberían observar para evitar el menoscabo de los derechos del procesado al ser declarado culpable por el delito de violación y no de abuso sexual.

El recurrente destaca que lo que acusa contraviene la tipicidad, pues bajo dicho presupuesto, el umbral punitivo debe mantenerse en lo que establece cada tipo penal, mientras que la Sala ha determinado que el procesado ha cometido el delito de violación, pero le impone la pena por el delito de abuso sexual, lo que, a su decir, no se encontraría dentro del umbral posible para el tipo penal declarado, tanto más que la Constitución de la República

norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

establece en su artículo 76.3 que no se puede aplicar una sanción no prevista en la Constitución o la ley.

Indica que inicialmente la teoría del caso habría apuntado a que Fiscalía y acusación particular habrían sostenido que los hechos correspondían al delito de violación sexual, pero que el Tribunal de primera instancia habría determinado que se trataba de abuso sexual, mientras que en segunda instancia, tras valorar la prueba, el tribunal de apelación, corrigiendo a su antecesor, habría determinado que se trata del delito de violación, pero, al ser el procesado el único recurrente, se vieron impedidos de empeorar su situación, estableciendo que sentencian por violación sexual, pero que no pueden aumentar la pena.

Es criterio del sentenciado que lo realizado por la Sala penal, atenta contra el principio de legalidad, de tipicidad y de interpretación penal, que señalan que únicamente se puede imponer la pena que se halla en el tipo penal, mientras que dichos juzgadores habrían sentenciado a una persona por un tipo penal, pero habrían sancionado con otra pena.

Explica que es criterio de la Corte Constitucional, que agravar las sancionas no comprende únicamente el agravamiento de la pena, sino que implica cualquier resultado que incremente negativamente las consecuencias jurídicas en el plano sancionatorio, lo que, sostiene, le habría ocurrido, pues, a su decir, existe afectación en el punto de vista de las garantías penitenciarias a las que el procesado se podría acoger, además de que afecta la tipicidad por la cual tendría antecedentes penales.

Por otra parte, indica que el análisis realizado por la Corte Provincial fue extralimitado, pues, a su decir, dicha Corte solo podía analizar si había o no abuso sexual, al ser el procesado el único recurrente y porque tanto fiscalía como acusación particular, al estar conformes con el fallo de primera instancia, no presentaron apelación.

Pide que esta Sala analice si la garantía de non reformatio ipeius y los principios de legalidad y tipicidad se han respetado en la sentencia de segunda instancia, lo que estima, no ha ocurrido, violentándose los artículos que acusa vulnerados.

Reiteradamente solicita se declare la nulidad de la sentencia de apelación, pues estima que existe afectación al debido proceso por no contar con la garantía de legalidad y de non reformatio impeius.

- El recurrente acusa contravención expresa de los artículos legales y constitucionales que contienen los principios de legalidad y tipicidad, así como la garantía de non reformatio impeius (5.1.7 y 13.1.2.3 del COIP; 76.3 y 77.14 de la Constitución de la República), con lo que cumple el principio de taxatividad.
- Indica que el error se encuentra en la parte resolutiva de la sentencia de apelación, en la que se ha reformado el tipo penal que en un principio era de abuso sexual, y se le ha cambiado por el de violación sexual, lo que le afectaría por una parte en cuanto al principio de tipicidad, pues se aplica una pena diferente (pena para el delito de abuso sexual) al tipo por el que se le sanciona (tipo penal de violación sexual.), y manifiesta que aquello además podría tener consecuencias negativas desde el punto de vista de garantías penitenciarias. Al respecto del mismo tema, señala que la Sala se habría extralimitado en su análisis, pues al ser él el único recurrente, la corte únicamente podía haber analizado respecto de si existió o no abuso sexual, y no analizar respecto de la violación sexual.

Es menester indicar que el tribunal de apelación ha reflexionado sobre dicho tema basado en las propias alegaciones de la parte impugnante, así tenemos que en la fundamentación del recurso de apelación, el recurrente ha puesto en consideración de la Sala que: *"(…) la víctima UV.VC, ha revelado a su madre que ha sido víctima del delito de violación, toda esta investigación se inició para investigar una presunta violación (…)"*[8] y "*Existe una duda razonable respecto de la tipicidad con la que se ha condenado al procesado(…)",*

La Sala de la Corte Provincial analizó oportunamente las pruebas actuadas en el juicio, y cabe aclarar a la defensa del casacionista que quien activa el proceso de revalorización en segunda instancia es el mismo recurrente en virtud de las argumentaciones planteadas por su defensa técnica, con ello, la tipificación de los hechos considerados como probados, pasa a ser un tema relevante para el tribunal de alzada, en el cual puede reflexionar abiertamente en aras de la justicia, ya que, de no analizar y

[8] Sentencia de apelación a fojas 37.

dar respuesta razonada a cada uno de los puntos invocados por la parte recurrente, como es en este caso la tipificación de los hechos, caería en el vicio de falta de motivación.

Por lo indicado, este tribunal considera que la Sala de apelación no se ha extralimitado en la materia de su análisis, tanto más que es un deber del juzgador, en aplicación a los derechos de las víctimas a la verdad, ya mencionado anteriormente, además, la valoración que la Sala hace dentro del ejercicio de sus competencias como tribunal de segunda instancia, se realizó de manera racional y coherente entre las premisas y la decisión final, con una redacción comprensible de sus razonamientos, y sin el uso de argumentos inatinentes a la cuestión resuelta.

Así, se lee de la sentencia, y particularmente a partir del numeral 190 de la misma, que el juzgador tras analizar las alegaciones presentadas por el procesado recurrente y contrastarlas con los hechos probados y la norma penal, ha reflexionado:

> "(…) precedentemente se procedió a realizar la calificación jurídica del tipo penal probado en juicio, esto es el delito de VIOLACIÓN descrito normativamente en el primer inciso del Art. 171 y que sanciona el Inciso 2 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, (…) la pena que corresponde imponer al sentenciado es de VEINTIDÓS AÑOS en los términos que establece la norma legal invocada, (…) de conformidad con el artículo (…), al dictar sentencia que declara la culpabilidad del justiciable MARIO ALBERTO RODRÍGUEZ TARIRA mas no el delito de "Abuso Sexual" como erróneamente realiza la calificación jurídica el Tribunal A-quo desatendiendo la pericia e informe médico legal y ciencias forenses de delito sexual (…) realizada en forma directa a la víctima (…).

De la lectura reflexiva del fallo, es fácil entender la pertinencia de la norma seleccionada, y su relación con el caso en concreto, realizándose adecuadamente el ejercicio de subsunción al encontrar igualdad entre el presupuesto fáctico de la norma y los hechos considerados probados. Tampoco se encuentra que se haya rebasado o limitado el alcance de la norma correctamente seleccionada. Con lo que se descarta la violación de la ley aplicada en esta causa.

La consideración en la parte resolutiva de la sentencia, en la que se establece que el tipo penal correcto es el de violación sexual, se produce en el ejercicio lógico que realiza el juzgador al adaptar el derecho a los hechos que fueron dados por probados o por ciertos dentro del caso en concreto, de manera que se encuentra adecuadamente seleccionada la norma cuyo supuesto de hecho guarda identidad con el elemento considerado probado, lo que define al momento de la aplicación de la consecuencia jurídica, sin embargo, y como consta de la sentencia en análisis, en aplicación de la garantía del non reformatio impeius, es el mismo juzgador quien realiza esta aplicación de manera meramente declarativa, con lo que el procesado, no tendría las afectaciones que nombra.

Así, se lee de la sentencia que el juzgador ha determinado:

> *"(…) corresponde realizar la declarativa de la pena privativa de libertad de VEINTIDÓS AÑOS (…) al ser el sentenciado el único recurrente no se puede empeorar su situación jurídica se realiza declarativa del delito de VIOLACIÓN, ratificando la pena privativa de libertad de DIEZ AÑOS impuesta por el Tribunal A-quo, siendo esta pena la que debe cumplir el sentenciado."*

Se evidencia el tribunal de apelación, se encontró impedido de empeorar la situación del procesado, por ser el único recurrente, sin embargo, en el caso que nos ocupa, tras analizar los argumentos y hechos probados, subsume el injusto cometido en el tipo penal de violación sexual, de forma meramente declarativa, lo cual fue necesario en cumplimiento del derecho a la verdad, del que es titular la víctima.

El sistema interamericano de Derechos Humanos, en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sobre el deber de los Estados de garantizar y respetar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros instrumentos internacionales y sus propias sentencias, ha expresado:

> "193. **Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, <u>todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin</u>**, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos

los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."[9] (el énfasis nos corresponde)

Así, es obligación de los órganos judiciales del Estado, tomar en cuenta en su decisión las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación de estas normas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La aplicación de la Convención, otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos y los criterios de la Corte IDH no es exclusiva a graves violaciones de derechos humanos, sino que deben ser tenidos en cuenta en toda decisión de autoridad pública, dentro del ámbito de sus competencias, en todos los casos en los que se vulnere o esté en peligro un derecho reconocido y desarrollado en dichos instrumentos internacionales.

En base a estos derechos la Corte IDH ha determinado el derecho de las víctimas (y la sociedad) al conocimiento de la verdad de los hechos, y la obligación del Estado (y sus órganos) de garantizar y respetar este derecho:

"242. La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[381]. Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables[382.] […]

298. Respecto a la alegada violación del artículo 13 de la Convención[479], la Corte recuerda que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención[480], el derecho a conocer la verdad, por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido[481] […]".[10] (el énfasis nos corresponde)

Lo que ha ratificado en varias de sus decisiones:

• "145. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[117] […] 147. De otro lado, en cuanto a la alegada violación del artículo 13 de la Convención

[9] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párr. 193.

[10] Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafos 242 y 298. Referencias de la cita corresponden a las siguientes:
[381] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 260.
[382] Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, párr. 191.

Americana por parte de los representantes, **la Corte recuerda que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención[119]**". (el énfasis nos corresponde)[11]

• "187. Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación.

188. La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos[223].

189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[224]."[12]

• "509. En distintos casos la Corte ha considerado que el derecho a la verdad "se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención"[789][…]

[…]

511. Al respecto, la Corte reitera que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención[795] el derecho a conocer la verdad (supra párr..481) No obstante, considera que en el presente caso el derecho a conocer la verdad se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades

---

[11] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 145 y 147. Referencias de la cita corresponden a las siguientes:
[117] Cfr. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), supra nota 16, párr. 106; Caso Goiburú y otros, supra nota 11, párr. 110; y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 27, párr. 127.
[119] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párr. 148; Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62; y Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.

[12] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafos 187 y 188. Referencia de la cita corresponde a la siguiente:
[223] Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores, supra nota 16, párr. 192, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 139.
[224] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra nota 20, párr. 166; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 65; Caso De la Masacre de las Dos Erres, supra nota 127, párr. 234, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 140.

correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención[796], lo cual constituye además una forma de reparación. […]"[13]

• "180. Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido. De manera particular, la Corte ha establecido el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada de personas. […]"[14]

• "242. La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[381]. Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables[382].

Sobre este derecho a conocer la verdad de los hechos, la Corte IDH ha fijado los siguientes estándares internacionales, que en respeto a las obligaciones convencionales del Estado, y por disposición Constitucional, son vinculantes para este órgano jurisdiccional:

a. No solo las víctimas directas de la vulneración de un derecho son titulares de este derecho, los son también sus familiares:

[13] Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párrafo 505. Referencia de la cita corresponde a la siguiente:

[789] En la mayoría de los casos la Corte ha realizado dicha consideración dentro del análisis de la violación de los artículos 8 y 25. Cfr. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 166; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 180; Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 151; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 206; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párrs. 243 y 244; Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr. 240, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 220; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 147; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párrs. 119 y 120; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 298. En un caso dicha consideración se realizó en dentro de la obligación de investigar ordenada como una medida de reparación. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148. Además, en otros casos se ha establecido que está subsumido en los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la Convención, pero no se ha incluido dicha consideración dentro de la motivación del punto resolutivo respectivo. Cfr. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 291, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 263, y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173.

[795] Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 243, y Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 220.

[14] Corte IDH. Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párrafo 180.

• "166. Tal y como lo ha señalado la Corte en casos **anteriores los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones**[93]. Éste se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[94]. […]"[15] (el énfasis nos corresponde)

• "301**. La Corte ha considerado que los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que deben ser informados de lo sucedido**[358]. Por otra parte, en particular sobre casos de desaparición forzada, la Corte ha establecido que el derecho a conocer la verdad es parte del "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos"[359]. […]"[16] (el énfasis nos corresponde)

b. El derecho de las víctimas a conocer la verdad comprende tener un conocimiento pleno y completo de los actos que vulneraron sus derechos, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas de la infracción:

• "234. **El derecho a conocer la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación.** En los casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas[318]. La Corte considera que, aparte de las labores realizadas por diversas entidades para el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas y el enjuiciamiento de personas responsables, corresponde al Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros."[17] (el énfasis nos corresponde)

c. El derecho a la verdad no es un derecho autónomo, está subsumido al derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento.

• "76. Si bien el Estado no se pronunció en la contestación de la demanda sobre la presunta violación del derecho a la verdad, la Corte no estima que éste sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención Americana,

---

[15] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. Referencias corresponden a:
[358] Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 76 y 77, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.
[359] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 181, y Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 243. 360 Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.

[16] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. Referencias de la cita corresponden a:
[358] Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 76 y 77, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.
[359] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 181, y Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 243. 360 Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.

[17] Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, Párrafo 234. La referencia de la cita corresponde a "318 Cfr. ECOSOC, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Estudio sobre el derecho a la verdad", UN Doc. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006."

como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto, no se pronunciará sobre este punto. La Corte ha señalado que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[14]. […]"[18]

• "62. La Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto no homologa el reconocimiento de responsabilidad del Estado en este punto. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[43]."[19]

• "48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.3"[20]

• "201. De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención."[21]

d. El derecho a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia:

• "118. […] La Corte ha reconocido que el derecho a conocer la verdad de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos se enmarca en el derecho de acceso a la justicia[139] […] El derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y recientemente por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)[141]."[22]

[18] Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 76. Referencia de la cita corresponde a: 14 Cfr. Caso Montero Aranguren y otros, supra nota 12, párr. 55; Caso Baldeón García, supra nota 3, párr. 166; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 7, párr. 219.

[19] Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, Párrafo 62. Referencia de la cita corresponde a 43 Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 62; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 97; y Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 257.

[20] Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Párrafo 48. Referencia de la cita corresponde a: 3 Cfr. Caso Bámaca Vélasquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr.201

[21] Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Párrafo 201.

[22] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párrafos 118. Las referencias de la cita corresponden a:

[139] Cfr., entre otros, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra nota 11, párr. 181; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo, supra nota 42, párr. 201; Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 48; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 9, párr. 148; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 58, párr. 222; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra nota 58, párr. 244; Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia, supra nota 63, párr. 289, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra nota 14, párr. 117.

[141] Cfr., inter alia, al Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la lucha contra la Impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1); Informe sobre la actualización del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, a cargo de la profesora Diane Orentlicher (E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005); Estudio sobre el Derecho a la Verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006); Asamblea General de la OEA. Resoluciones sobre el Derecho a la Verdad, AG/RES. 2175(XXXVI-O/06), AG/RES. 2267 (XXXVIIO/07) y AG/RES 2406 (XXXVIII-O/08).

• "146. Esta Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[118]"[23]

e. El derecho de las víctimas de acceso a la justicia debe asegurar que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables:
• "115. Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[98]."[24]

f. Es obligación del Estado establecer la verdad a través de los procesos judiciales:
• "298. Teniendo en cuenta que los hechos propios de este caso se desarrollaron dentro de un conflicto armado no internacional, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia particular. La Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad[353]. Aun cuando estas comisiones no sustituyan **la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales**[354], la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen[355]."[25]
• "135. Al respecto, la Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad[205]. No obstante, esto no completa o **sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales**[206][…]".[26] (el énfasis nos corresponde)
• "259. Tal como lo ha hecho en otros casos[335], la Corte valora la publicación del informe de la CEH, Guatemala: Memoria del Silencio, el cual incluye el caso de las masacres de Río Negro, como un esfuerzo

---

[23] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 146. Las referencias de la cita corresponden a:
[118] Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 8, párr. 382; Caso Vargas Areco, supra nota 8, párr. 101; y Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párr. 289.

[24] Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Párrafo 115. Referencia de la cita corresponde a: 98 Cfr. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114; Caso de la Masacre de la Rochela, supra nota 7, párr. 146, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 382.

[25] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 298. Referencias de la cita corresponden a:
[353] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.
[354] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr.298.
[355] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 128.

[26] Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafo135. Referencias de la cita corresponden a:
[205] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 55, párr. 128; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 297, y Caso Radilla Pacheco, supra nota 25, párr. 74.
[206] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 55, párr. 128; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 297, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 100, párr. 158.

que ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico de Guatemala. Sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales a través de los procesos pertinentes[336]".[27]

g. El deber del Estado de llegar a la verdad no debe ser asumido como una formalidad, o como mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de los sujetos procesales o de la aportación privada de elementos probatorios.

• "120. La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa[99], o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios[100]. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos[101]"[28]

h. La satisfacción del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible:

• "192. **La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades**[227].".[29] (el énfasis nos corresponde)

• "102. Por otra parte, la ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas y sus familiares, quienes tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido[65]. **Dicho derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades**[66]".[30] (el énfasis nos corresponde)

---

[27] Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 259. Referencias de la cita corresponden a:
[335] Cfr. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra, párr. 232, y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra, párr. 234.
[336] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 150, y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra, párr. 234.

[28] Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Párrafo 115. Referencias de la cita corresponden a:
[99] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 75, párr. 177. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255; Caso Ximenes Lopes, supra nota 60, párr. 148.
[100] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 75, párr. 177. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255, y Caso Goiburú y otros, supra nota 75, párr. 117.
[101] Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 227. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255, y Caso Goiburú y otros, supra nota 75, párr. 117.

[29] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafo 192. La referencia corresponde a:
[227] Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 158, y Caso Chitay Nech y otros, supra nota 63, párr. 234.

[30] Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, Párrafo 102. La referencia corresponde a:
[65] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 20, párr. 181; Caso Heliodoro Portugal, supra nota 13, párr. 146, y Caso García Prieto y otros, supra nota 58, párr. 102.
[66] Cfr. Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 195.

i. El desconocimiento del derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos, por parte del Estado es una forma de trato cruel e inhumano, por lo que dicha violación está vinculada con el derecho a la integridad personal:

• "301 […] La Corte ha indicado que la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos[360], por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad[361]".[31]

j. El derecho a la verdad, al ser ejercido y reconocido por el Estado constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares:

• "78. La Corte ha reiterado que los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones. **Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer.** Por otra parte, el conocer la verdad facilita a la sociedad peruana la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro[59]".[32]

• "62. Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[23]; **al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación**. Por lo tanto, en este caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas[24]".[33]

• "240. En cuanto al derecho a conocer la verdad, la Corte recuerda que éste se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención[279], lo cual constituye además una forma de reparación[280]. En consecuencia, la Corte no hará, en este caso,

---

[31] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. La referencia corresponde a:
[360] Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.
[361] Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 113.

[32] Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, Párrafo 78. Las referencias de la cita corresponde a:
[59] Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 1, párr. 297; Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 3, párr. 203 y 204, y Caso 19 comerciantes, supra nota 51, párr. 259.

[33] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, Párrafo 62. Las referencias de la cita corresponde a:
[23] Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257.
[24] Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257..

un pronunciamiento adicional respecto de la alegada violación del derecho a la verdad formulada por los representantes[281]".[34]

k. Sólo si se esclarecen las circunstancias de la violación del derecho trasgredido, el Estado reconocerá a las víctimas y sus familiares el derecho a la verdad:

• "109. Como ha señalado este Tribunal, sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino sobre todo lo sucedido con la víctima".[35]

l. El Estado debe tomar las medidas necesarias para investigar y establecer la verdad de lo sucedido, su desconocimiento reproduce condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse:

• "126. Primeramente, es pertinente recordar que la práctica sistemática de la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención**, lo cual reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse**[184]. De ahí, la importancia de que aquél adopte todas las medidas necesarias para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables; establecer la verdad de lo sucedido; localizar el paradero de las víctimas e informar a los familiares sobre el mismo; así como repararlos justa y adecuadamente en su caso."[36] (El énfasis nos corresponde)

Por lo tanto, en cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado, ya referidas anteriormente, es obligación del juzgador, atender a los estándares internacionales sobre el derecho a la verdad de las víctimas que han sido revisados en párrafos anteriores.

De lo anotado se evidencia la obligación que tuvo el tribunal de apelación de no ignorar la real tipificación en la determinación de los hechos constitutivos del delito, pues la satisfacción del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible; como la Corte IDH lo ha determinado claramente, el desconocimiento del derecho a conocer la verdad de los hechos constituye una forma de trato cruel e inhumano a las víctimas, provocando que el órgano jurisdiccional vulnere su derecho a la integridad personal, que significa responsabilidad del Estado ante sus obligaciones convencionales.

Por ello, que el juzgador de apelación haya determinado en forma declarativa el tipo penal que constituye la infracción como lo más cercano a la verdad histórica, era necesario, a pesar de que por la garantía del non reformatio impeius, no haya empeorado la situación del recurrente, lo que resulta un medio de reparación para la víctima, para enmendar una sentencia injusta.

La determinación de la verdad, está sujeta también al principio de congruencia, por lo que, al juzgador de instancia darse cuenta de que existió un error que provocó una sentencia condenatoria bajo una calificación jurídica injusta, fue su obligación reivindicar y determinar procesalmente la

[34] Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, Párrafo 240. Las referencias de la cita corresponden a:
[279] Cfr. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, párr. 291 y Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.
[280] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 181 y Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, párr. 291.
[281] En el caso Gomes Lund y otros, el derecho a la verdad se vinculó con el artículo 13 ya que la Corte observó que, de conformidad con los hechos del mismo, el derecho a conocer la verdad se relacionaba con una acción interpuesta por los familiares para acceder a determinada información, vinculada con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información. En el mismo sentido véase Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 243.

[35] Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, Párrafo 109.

[36] Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafo 126. Las referencias de la cita corresponden a:
[184] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 23, párr. 158; Caso Heliodoro Portugal, supra nota 112, párr. 116, y Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115.

mayor verdad histórica posible, y respetar los instrumentos internacionales de derechos humanos ya revisados.

Esta facultad de corrección del órgano jurisdiccional, está prevista en la ley, en el Código Orgánico de la Función Judicial:

> Art. 140.- OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo 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.

La norma citada anteriormente recoge el principio *iura novit curia*. La aplicación de este principio, según el texto de la ley, tiene como limitación los errores u omisiones exclusivamente de derecho, sin que se pueda rebasar al ámbito fáctico, esto en concordancia con el principio dispositivo y el modelo acusatorio del sistema penal ecuatoriano, es decir, que el juez no puede pronunciarse sobre hechos que no hayan sido introducidos en la acusación de la Fiscalía, por lo que la aplicación del principio *iura novit curia* tiene como límite la base fáctica propuesta por el titular de la acción penal. Esta limitación se ha desarrollado en la jurisprudencia como principio de congruencia, que se ha de entender como la relación lógica de correspondencia entre los hechos acusados por la Fiscalía y la decisión del órgano jurisdiccional.

Así, el tribunal de apelación, con los hechos probados en primera instancia, ha pronunciado que el tipo penal que correspondía aplicar era el de violación sexual, y así lo establece de forma declarativa, a pesar de que sus efectos no puedan desarrollarse por la garantía del non reformatio impeius, como ya se ha señalado, por lo que no existe trasgresión al principio de congruencia si el órgano juzgador decide aplicar un tipo penal distinto, siempre que se mantenga dentro de la base fáctica formulada.

Cabe reiterar que el derecho a la verdad, constituye per sé un medio importante de reparación para las víctimas, en especial como garantía de no repetición. Tomar las medidas necesarias para establecer la verdad de lo sucedido permitirá impedir la reproducción de condiciones de impunidad para que los hechos injustos no vuelvan a repetirse en contra de otras personas, por lo que este tribunal concluye que el juzgador de apelación ha obrado como corresponde en ley.

- Sobre su petición de que se declare la nulidad de la sentencia de apelación por cuanto existiría afectación al debido proceso por no contarse con las garantías constitucionales de legalidad y no reformatio impeius. Como se ha indicado a lo largo del presente fallo, la sentencia no adolece de vicios de procedimiento ni en la competencia de los juzgadores que la han sustanciado -lo que, además, no ha sido alegado-, ni en el cumplimiento de cada uno de sus requisitos –los que valga recalcar, se cumplen a cabalidad-, ni ha existido violación a trámite conlleve una violación al derecho a la defensa –lo que se ha analizado y concluido reiteradamente en el presente fallo-, como se ha declarado en cada una de las judicaturas donde se ha sustanciado este trámite, por lo que, al no cumplir con los supuestos para declaratoria de nulidad contemplados en el artículo 652 del COIP, su pedido es inadmitido.

Por todo lo anterior, este Tribunal Casacional estima que no se ha presentado un razonamiento jurídico que demuestre yerro por la causal invocada, no observa ningún tipo de error que conlleve a casar la sentencia; como tampoco, se ha logrado accionar la facultad oficiosa de estos juzgadores para casar la sentencia recurrida.

QUINTO
RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** al tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve por unanimidad:

5.1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Mario Alberto Rodríguez Tirira, al existir una falta de fundamentación jurídica a los cargos casacionales alegados.

5.2. Devolver el expediente al órgano jurisdiccional de origen, una vez ejecutoriado este fallo de casación.

Notifíquese y Cúmplase.

f) Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL; Dr. Walter Macías Fernández, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2021

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *17316-2019-00033*
Resolución Nro. *228-2021*
Fecha**:** *miércoles 19 de julio del 2021, las 10h37*

TEMA: Despido injustificado a una persona con discapacidad.

ASUNTO

La parte actora, José Luis Rosero Narváez, demanda a la COMPAÑÍA FLORANAFARMS S. A., señalando que la relación laboral habría concluido el 18 de enero de 2018, debido a que la Inspectoría del Trabajo le concedió su petición de visto bueno, por incumplimiento, impuntualidad o falta de pago de más de dos remuneraciones, pretendiendo que en sentencia se ordene el pago de la indemnización por despido intempestivo, acorde a lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y el artículo 191 del Código del Trabajo, la bonificación por desahucio y vacaciones. La parte demandada sostiene que el actor se negó a realizar la actualización de su condición de discapacidad, indicando que no es aplicable la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Pedro Moncayo, provincia de Pichincha, en sentencia de 17 de mayo de 2019, considera que está acreditado que el demandado fue despido injustificadamente, por lo que corresponde ordenar el pago de la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Con este fundamento, el juzgador acepta la demanda presentada.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 22 de octubre de 2019, respecto del punto materia de la controversia, analiza que la relación laboral que existió entre el accionante y la empresa demandada terminó por visto bueno, siendo una forma legal de dar por finalizado el contrato individual de trabajo, a la que pueden recurrir tanto empleador como trabajador, por lo que no se configura el primer presupuesto previsto en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, esto es, el despido injustificado, que debe producirse por decisión unilateral del empleador. Por lo antedicho, se acepta el recurso de apelación de la parte demandada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17316-2019-00033

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, miércoles 19 de julio del 2021, las 10h37.
VISTOS:
ANTECEDENTES:
a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: José Luis Rosero Narváez inició juicio de trabajo en contra de Fernando Enrique Martínez Villacreses, por sus propios derechos y por los que representa de la empresa FLORANAFARMS S.A. El accionante presentó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de octubre de 2019, las 14h54 (fs. 24 a 26). Decisión que aceptó el recurso de apelación presentado

por la accionada, reformando el fallo de primer nivel y declarando improcedente la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

b) Actos de sustanciación del recurso: De la mencionada decisión el actor presentó recurso extraordinario de casación. Admitido a trámite por el caso cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)** mediante auto de 24 de julio de 2020, las 09h32, por el Conjuez (E) de la Corte Nacional de Justicia, Víctor Rafael Fernández Álvarez.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, doctora Enma Tapia Rivera y, doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.",* artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.";* artículo 191 numeral 1 ibídem, que prevé: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;"* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 15 de junio de 2021 que obra a fs. 13 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación: El accionante denuncia que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* se infringieron las siguientes disposiciones: artículos 35, 47, 48 y 326 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, artículos 5 y 7 del Código del Trabajo; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas; y, artículo 4 del Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de la Organización Internacional del Trabajo.

TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.[1] De ahí es que dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye –también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.[2] Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución.

---

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley – artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional –artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene –más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.[3]

CUARTO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 *ibídem*, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 13 de julio de 2021, a las 09h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por el recurrente con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

El actor manifiesta que presentó y obtuvo visto bueno en contra de su empleador fundamentado en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo, esto es, por falta de pago de sus remuneraciones de los meses de noviembre y diciembre de 2017. Derecho a la remuneración que se encuentra garantizado en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y en el artículo 5 del Convenio 95 de la OIT; siendo además un derecho irrenunciable, intangible e incluso protegido por el principio *indubio pro operario*, de conformidad con el artículo 326 numeral 2 y 3 de la Constitución de República, respectivamente.

Esta falta de pago –dice- se constituye en un despido indirecto dado que fue el empleador quien, al no cancelar la remuneración, afectó al ex trabajador –persona en situación de discapacidad- y lo obligó a presentar el trámite administrativo. Entonces –añade- la terminación de la relación laboral operó por la actitud *"perniciosa y negligente"* del patrono. Y, precisamente, el incumplimiento reconocido mediante visto bueno de la obligación del pago de la remuneración, dada la importancia de este beneficio para el sustento vital del trabajador, configuró vulneración a la estabilidad laboral del actor; por ende, se constituyó en un despido injustificado.

Sostiene el recurrente que la decisión impugnada resulta equivocada al concluir que, en el caso, no se configuró el despido intempestivo como condición necesaria para que proceda la indemnización de conformidad con el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Pues, la falta de pago de la remuneración (artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo) como motivo de visto bueno a favor del ex trabajador constituyó un despido indirecto. Dado que esta omisión del empleador obligó al actor a presentar el trámite administrativo referido para culminar la relación laboral. Por lo que, el desconocimiento de la indemnización referida –sin reparar en la situación de discapacidad del accionante- implica la vulneración de los artículos 4, 5 y 7 del Código de Trabajo.

Argumenta también que la resolución de visto bueno en favor del trabajador deriva en el reconocimiento de indemnizaciones conforme el artículo 191 *ibídem*. Entendiéndose que, entre estas,

[3] Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales […] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente […] Ibídem. Pág. 112.

se encuentra la prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Luego, el casacionista transcribe los artículos 35 y 47 de la Constitución de la República que –en su orden- reconoce a las personas en situación de discapacidad como parte de los grupos de atención prioritaria e instituye varios derechos en su favor. También, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y el artículo 4 del Convenio No. 159 de la OIT; disposiciones sobre el derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad. Asimismo transcribe: el artículo 341 de la Constitución de la República, que asegura la igualdad en la diversidad y no discriminación; y, el artículo 3 numeral 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, que se refiere al compromiso del Estado para adoptar diversas mediadas –entre ellas laborales- necesarias para eliminar la discriminación en contra de las personas en situación de discapacidad.

Finalmente, en el contexto descrito, el casacionista argumenta que, en la decisión cuestionada el tribunal *ad quem,* desconoció la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades sin atender las disposiciones constitucionales e internacionales antes referidas. Esto, aun cuando el despido indirecto, en este caso, ocurrió por el incumplimiento del empleador en el pago de las remuneraciones correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2017.

SEXTO.- Problema jurídico a resolver:

En la sentencia cuestionada la terminación del contrato de trabajo, previo visto bueno, autorizada en favor de una persona en situación de discapacidad por la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código del Trabajo ¿implica o no un despido indirecto?; y, de ser afirmativa esta respuesta, se resolverá sí ¿la procedencia del despido indirecto derivado de la disposición en análisis conlleva el pago de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades?

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

7.1 El caso cinco previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[4]

Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo impugnado. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, emitiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde –según los hechos fijados- para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento. La errónea interpretación, este motivo exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el yerro ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

Vale relievar que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

configuraciones se descartan entre sí. Para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación (error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la efectiva aplicación de una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. Si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada. Y, si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.
Finalmente, es de observar que el caso en referencia, a más de la infracción directa de la norma sustantiva –enmarcada en uno de los motivos antes analizados-, exige que el vicio en la sentencia sea determinante. Entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

7.2 Previo a resolver el problema jurídico planteado corresponde remitirse a la parte pertinente de la decisión impugnada, donde se lee: *"(…) 6.4 Ahora bien, la parte accionante ha señalado en su demanda, que la relación laboral terminó en razón de que, habiendo propuesto trámite de visto bueno en contra de su empleadora por haber incurrido en la causal prevista en el Art. 173 numeral 2 del Código de Trabajo, este le fue conferido, hecho que ha sido corroborado por la parte accionada, en su contestación a la demanda. Por lo que, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 163 del COGEP, norma que establece que no requieren ser probados '[l]os hechos que han sido afirmados por de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación a la demanda…', se tiene que la relación laboral que existió entre el accionante y la demandada terminó por Visto Bueno, esto es voluntad de trabajador quien pidió autorización para ello ante la autoridad administrativa pertinente. Es así que siendo el Visto bueno una forma legal de dar por finalizado el contrato individual de trabajo al que pueden recurrir tanto el empleador como el trabajador, en razón de las causas previstas en los Arts. 172 y 173 del Código del Trabajo, en el caso, no se configura el primer presupuesto previsto en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad, esto es el hecho del despido injustificado, que debe producirse por decisión unilateral del empleador, rompiendo de esta forma con el principio de estabilidad.- Debe anotarse en esta parte, por la forma en que se ha presentado la impugnación, que si bien la resolución de visto bueno puede ser revisada en vía judicial por mandato del Art. 183 del Código de Trabajo, esta surte los efectos de Ley, mientras no haya sido aceptada en la vía judicial su impugnación. 6.5 Por otra, ha de tenerse presente para el caso dado que se ha ordenado cancelar la indemnización prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo, que el Art. 191 del Código del Trabajo establece que '[t]endrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 de este Código y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173 de este Código', y que sobre la aplicación de dicha disposición, la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, en un caso análogo ha puntualizado que: 'En el caso, como el actor fue quien solicitó el visto bueno al Inspector del Trabajo para dar por terminado el contrato que le unía con B. S.A., por una de las causales del Art. 173; si bien se asimila, en estricto derecho no constituye despido intempestivo ya que a éste le distingue la separación que sin desahucio o visto bueno realiza el empleador en contra del trabajador y como no se puede confundir ese hecho con la voluntad del trabajador al acogerse a una de las causas puntualizadas en el Art. 173; por consiguiente, los rubros que le corresponden por este concepto son: la indemnización del Art. 188 y la bonificación del Art. 185; no la del Art. 187 toda vez que M. T., no ha demostrado ser dirigente sindical. …' (Resolución N.° 12-04 de la Primera Sala, R.O. 483, 16-XII-2004). (…)" (Énfasis fuera de texto original).*

7.2.1 De lo transcrito, el tribunal de apelación, en la decisión atacada ha determinado que, el vínculo entre las partes finalizó por visto bueno otorgado al actor conforme la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo (falta de pago de sus remuneraciones); es decir, culminó por voluntad del ex trabajador. De ahí que –dicen los jueces- esta circunstancia no configura el despido injustificado por decisión unilateral del empleador, prevista como primera condición del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
Mientras que, el actor, en lo fundamental, alega que la falta de pago de las remuneraciones como motivo de visto bueno en favor del actor conforme el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo, configura un despido indirecto e injustificado.

Entonces, un primer punto a resolver es si la falta de pago de las remuneraciones como motivo de terminación del vínculo obrero patronal autorizado en favor del trabajador es un despido indirecto. Y luego, de ser así, si la configuración de este implica el pago de indemnizaciones incluida la del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

7.2.2 Por despido indirecto se entiende *"la denuncia del contrato de trabajo por el trabajador, que imputa a su empleador un incumplimiento obligacional grave que hace imposible la continuidad del vínculo laboral"*.[5] Siendo que el fundamento de la autorización de terminación laboral de la relación obrero patronal en favor del trabajador, es protegerlo de los posibles hostigamientos o presiones a los que puede ser sometido, dada su posición de desigualdad, con el fin de incitarlo a renunciar a su puesto de trabajo. Y así, el empleador, pretenda eximirse del pago de las indemnizaciones que le hubieren correspondido por la configuración del despido intempestivo (directo)[6].

Entonces, ante falta grave del empleador, el trabajador tiene la potestad de finalizar el contrato de trabajo. En nuestra legislación, esta facultad está prevista en el artículo 173 del Código de Trabajo donde se especifica las causas de su procedencia. Siendo que la autorización para culminar el vínculo laboral debe ser concedida por el inspector del trabajo mediante visto bueno.

En la causa, la gravedad del incumplimiento que comporta la falta de pago de las remuneraciones no es un asunto controvertido, pues ha sido aceptado por las partes. Por tanto, el trabajador fue autorizado mediante resolución de visto bueno para finalizar el contrato de trabajo. Aceptadas estas circunstancias, la falta de pago de las remuneraciones debidas al actor por parte del empleador de forma injustificada sí comporta, en este caso, un despido indirecto derivado de la aceptación del visto bueno en favor del trabajador.

7.2.3 Para resolver si el despido indirecto por la falta de pago de las remuneraciones configurado por la aceptación del visto bueno en favor del actor implica el pago de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, es preciso conocer el contexto general del tratamiento de las personas en situación de discapacidad en la Constitución de la República y en aquella ley.

En resumen, la promulgación de la Ley Orgánica de Discapacidades por parte de la Asamblea Nacional obedeció a la necesidad de desarrollar y plasmar principios y derechos previstos en la Constitución de la República a favor de las personas en situación de discapacidad. Considerando que, según el artículo 35 *ibídem*, se encuentran entre los grupos de atención prioritaria, lo que involucra un tratamiento diferenciado y especial por parte del Estado.

El artículo 11 *ibídem* establece que, el ejercicio de los derechos se regirá por el principio de igualdad y no discriminación, proscribiendo este tratamiento, entre otras, por razones de discapacidad. Por su parte, el artículo 47 exige al Estado garantizar políticas de prevención de las discapacidades procurando la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Destacándose el trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas; garantizándose de esta forma el derecho a la igualdad material al que se refiere el artículo 66 numeral 4 *ibídem*. Mientras el artículo 48 *ibídem* establece la adopción de varias medidas, como la de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Discapacidades determina su objeto, estableciendo entre varias garantías el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad previstos en la Constitución como en tratados e instrumentos internacionales. El artículo 2 *ibídem,* señala el ámbito de aplicación abarcando el sector público y privado; además, prevé que las personas con tal condición *"se encuentran amparadas por la presente Ley, en lo que fuere pertinente"* en concordancia con el artículo 5 letra c) *ibídem*[7].

---

[5] Luis Eduardo Gatti, *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2015), 532-533.

[6] Ibíd.

[7] Art. 5.- Sujetos.- Se encuentran amparados por esta Ley: (…)
c) Las personas con deficiencia o condición discapacitante, en los términos que señala la presente Ley; (…)

El artículo 4 numeral 1 *ibídem* establece el principio de no discriminación y la aplicación de acciones afirmativas para enfrentar las condiciones de desigualdad. El numeral 2 *ibídem* consagra el principio fundamental del *in dubio pro hominem*, entendido como: *en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, éstas se aplicarán en el sentido más favorable y progresivo a la protección de las personas con discapacidad*. Y el numeral 3, el de igualdad de oportunidades, garantizando que: *todas las personas con discapacidad son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna*

De las disposiciones antes citadas, se puede afirmar que la Ley Orgánica de Discapacidades tiene como objeto garantizar –entre otros- el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad que se desempeñan tanto en el sector público como en el privado. Resultando relevante que el marco constitucional ha dispuesto un tratamiento diferenciado que se ve instaurado mediante el derecho a la igualdad formal y material previsto en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República; ratificado y desarrollado en el artículo 4 de la ley de la materia. Cuyo objetivo es equiparar las oportunidades en el trabajo -y otros derechos- entre las personas en situación de discapacidad y frente al resto que no tienen esta condición.

Y es en este contexto en el que se debe entender y aplicar los derechos laborales de las personas en situación de discapacidad; es decir, asumiendo siempre la especial protección diferenciada a su favor que implica la satisfacción del derecho a la igualdad material.

7.2.4 Ahora bien, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades como una de las disposiciones que promueven garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores que presenten esta condición, prevé: *"Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional."*

En general, la norma transcrita ha previsto una estabilidad laboral especial y reforzada en favor de las personas trabajadoras en situación de discapacidad. Pues, de ocurrir el despido injustificado por parte del empleador en contra de una persona en situación de discapacidad o de quien tuviere a su cargo su manutención, se ha ordenado el pago de 18 meses de la mejor remuneración, adicional a la indemnización legal correspondiente. Es decir, esta consecuencia constituye principalmente, una retribución al trabajador en situación de discapacidad derivada del rompimiento de su estabilidad laboral. Siendo también una sanción al empleador por el incumplimiento de una garantía en favor de personas que pertenecen a un grupo de atención prioritaria.

Y, como se ha visto, tal estabilidad especial no responde únicamente a una garantía normativa legal sino que obedece, ante todo, a un sistema constitucional de protección en favor de las personas en situación de discapacidad. Así, se debe insistir que estas personas, según el artículo 35 de la Constitución de la República, pertenecen a un grupo de atención prioritaria, que requieren de tratos preferentes y especializados en los ámbitos público y privado.

Entonces, es en el entramado normativo constitucional antes evidenciado a partir del cual se debe resolver si el despido indirecto involucra o no la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

7.2.5 Esta última disposición, protege con la estabilidad especial a toda persona en situación de discapacidad –incluyendo a quien se encargue de su manutención- en contra de todo despido injustificado. Antes se ha dicho que el visto bueno en favor del trabajador (falta de pago de remuneraciones) constituye un despido indirecto y cuya responsabilidad es atribuible al empleador por el incumplimiento grave de sus obligaciones. Es decir, el despido indirecto comporta faltas graves y tan arbitrarias que imposibilitan la continuación del contrato de trabajo. De ahí que corresponda tratarlo como despido injustificado.

Para reforzar esta tesis y ratificar que el despido indirecto opera en el contexto del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, es conveniente

afirmar que esta disposición es aplicable a las relaciones laborales reguladas por el Código de Trabajo. De ahí que debemos acudir a este cuerpo normativo para conocer el tratamiento de las indemnizaciones en esta materia y que debe ser aplicado también a la que actualmente se discute.

Como se sabe, el artículo 188 *ibídem* prevé que en caso de despido intempestivo, el empleador debe indemnizar al trabajador: hasta tres años de servicio con tres meses de remuneración y de más de tres años con un mes de remuneración hasta un máximo de 25 meses. Mientras que, el artículo 191 *ibídem* otorga también el derecho a esta indemnización en el caso de que la relación laboral hubiere culminado por una de las causas previstas en el artículo 173 *ibídem*. Esto es, cuando se configuró el despido indirecto, entre otras causas, por la falta de pago de las remuneraciones (numeral 2). Nótese entonces que el legislador ha considerado el pago de la indemnización por despido intempestivo, no solo en los casos previstos en el artículo 188 del Código de Trabajo. Sino también por las causas determinadas en el artículo 173 *ibídem*; esto es, cuando el trabajador ha obtenido del inspector del trabajo la autorización para finalizar el contrato laboral por incumplimientos graves del empleador. Es decir, al configurarse el despido indirecto.

De ahí que, el propósito de instaurar la indemnización por despido intempestivo no se limita a un acto directo y unilateral del empleador para concluir el vínculo obrero patronal. Más bien, se expande, reconociendo tal indemnización también por las causas derivadas del artículo 173 *ibídem*. Lo que equivale a afirmar que opera en toda circunstancia en que el patrono de forma directa o indirecta, y por causas injustificadas, provoque el despido o rompa la estabilidad del trabajador.

El contexto referido es útil para definir el alcance de la indemnización dispuesta en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Dado que, como se ha dicho, esta disposición opera en el ámbito de aplicación del Código de Trabajo. Y, si este último ha previsto que la indemnización por despido intempestivo proceda también en el caso del despido indirecto. No existe motivo o razón alguna para entender de forma distinta y restrictiva el caso del artículo analizado que además trata sobre trabajadores en situación de discapacidad –que como se observará más adelante comporta relevancia constitucional-. Pues, de una interpretación sistemática de las disposiciones antes señaladas se tiene que las indemnizaciones por despido de los trabajadores proceden tanto en el caso de despido intempestivo determinado en el artículo 188 como en el escenario del despido indirecto derivado de las causas del artículo 173 *ibídem*.

Una interpretación contraria, es decir excluir la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades del supuesto en los que la relación de trabajo culmina por visto bueno en favor del trabajador, derivaría en una limitación irrazonable del derecho a dicha indemnización, contraria al régimen establecido al respecto en el Código de Trabajo e incluso a la Constitución de la República.

Lo anterior, pues, supondría afectar el derecho a la igualdad de los trabajadores en situación de discapacidad previsto en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución. Pues, si las indemnizaciones por despido intempestivo para todos los trabajadores también son procedentes cuando se presentan las causas del artículo 173 *ibídem* (despido indirecto). Al menos, el mismo trato favorable se debe otorgar a los que se encuentran en situación de discapacidad. Lo contrario implicaría incluso discriminar sin justificación alguna a estos trabajadores frente a los demás, que sí acceden a las indemnizaciones por afectación de su estabilidad laboral cuando se configuran las causas del artículo 173 del Código de Trabajo.

Además, negar la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades que ha sido incorporada justamente para tratar de garantizar, mediante la garantía de estabilidad especial, el derecho al trabajo en condiciones de la igualdad de oportunidades frente a los demás. Derivaría en el desconocimiento del derecho a la igualdad material dispuesto por la Constitución en favor de los personas en situación de discapacidad.

Entonces, el problema en este caso se soluciona en el contexto de una interpretación sistemática del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y los artículos 173 numeral 2, 188 y 191 del Código de Trabajo. Y luego con una interpretación conforme de la primera norma con el entramado normativo constitucional antes referido. Disposiciones que protegen la situación de discapacidad de los trabajadores con una garantía especial de estabilidad en favor de un grupo de atención prioritaria de conformidad con el artículo 35 de la Constitución. Garantía que se debe aplicar también en el caso del despido indirecto derivado de una de las causas previstas en el artículo 173 para finiquitar el vínculo laboral.

7.2.6 En definitiva, la premisa normativa en este caso es: la terminación del contrato de trabajo intermediando visto bueno a favor del trabajador por la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo constituye un despido indirecto; acto que sí se encuentra dentro de los supuestos necesarios del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y, por tanto, su configuración obliga al pago de la indemnización contemplada en esta última norma.

No obstante lo anterior, debe observarse que el fallo impugnado resuelve de forma equivocada la controversia al concluir que la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no opera en el caso de la terminación del vínculo de trabajo por la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo. Esta conclusión es estimada como suficiente por los jueces de apelación para declarar improcedente dicha indemnización. De ahí es que, en la sentencia cuestionada, no han fijado como premisa fáctica si el ex trabajador es o no una persona en situación de discapacidad. Por tal motivo, y con el propósito de verificar este requisito indispensable, resulta ineludible en este caso determinar si esta condición ha sido acreditada.

7.3 Para establecer si el actor tiene acreditada la condición de una persona en situación de discapacidad se debe observar que a fojas 2 consta copia notarizada del Carnet de Discapacidad expedido por el CONADIS el 26 de marzo de 2008 con No. de registro 10.2407 que acredita el 32 % de discapacidad al actor, José Luis Rosero Narváez.

El demandado, en su contestación a la demanda, alegó que el Carnet de Discapacidad presentado por el actor había caducado a la fecha de terminación del vínculo laboral entre las partes; por lo que, la condición de persona en situación de discapacidad no se encontraría acreditada en el proceso.

Ahora bien, para despejar tal cuestión corresponde remitirse a las disposiciones correspondientes de la Ley Orgánica de Discapacidades. Así el artículo 12 *ibídem* prevé que la cédula de ciudadanía que acredite la calificación y registro correspondiente es documento suficiente para acogerse a los beneficios de dicha ley. Mientras que la Disposición Transitoria Tercera establece el plazo de un año adicional -a partir de la expedición de la norma técnica de calificación de las personas en situación de discapacidad- para evaluar a las personas en situación de discapacidad. Las que deberán someterse nuevamente al proceso para la determinación del nivel de discapacidad conforme al nuevo Sistema de Calificación.

Asimismo, la Disposición Transitoria Undécima *ibídem* establece que durante el plazo de un año desde la promulgación de la Ley, el Consejo Nacional de Discapacidades podrá seguir emitiendo el carnet de discapacidades, el mismo que tendrá una vigencia de cinco (5) años desde su expedición. Y, transcurrido tal período, la persona en situación de discapacidad deberá obtener la cédula de identidad o ciudadanía en que conste su calificación.

Mientras que el artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades determina que la autoridad sanitaria nacional es quien realizará la calificación de discapacidades. En tanto el artículo 5 *ibídem* dispone que para el otorgamiento de los beneficios establecidos en la Ley, no se exigirá otro requisito además del documento que acredite la calificación de la discapacidad.

De las normas transcritas se puede concluir que la cédula y el Carnet de Discapacidad son documentos suficientes para acreditar la situación de discapacidad, entendiéndose que no son los únicos. Disponiendo además un proceso a cargo de las entidades competentes del Estado para la calificación, registro e incluso recalificación de la situación de discapacidad de las personas. Siendo que durante este proceso se podrán emitir los certificados con una vigencia de 5 años.

En este contexto, debe recordarse que la Ley Orgánica de Discapacidades fue promulgada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de Septiembre 2012. Es decir, que la vigencia de carnets emitidos sería hasta máximo el año 2017. Y, al extenderse el 26 de marzo de 2008 el Carnet de Discapacidad del actor, al 17 de enero de 2018 –fecha de terminación de la relación laboral- este se habría caducado. No obstante, a fojas 92 consta el certificado otorgado el 19 de marzo de 2019 por el Ministerio de Salud Pública –presentado en la causa como nueva prueba- que contiene la misma información que el carnet antes citado. Es decir, se entiende que la calificación de la situación de discapacidad del accionante, a criterio de la autoridad competente, se mantenía hasta esta última fecha.

Además, la vigencia de los certificados en general fue ratificada con posterioridad mediante la Resolución No. 0005-CONADIS-2018 emitido el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades el 02 de mayo de 2018. Mediante la cual se extendió la validez hasta el 31 de diciembre de 2019 de los carnets de discapacidad emitidos tanto

por el CONADIS como por el Ministerio de Salud Pública.
Y, si a pesar de lo explicado, se insiste en la caducidad del Carnet de Discapacidad, se debe considerar que ni aun esta circunstancia puede limitar el efectivo goce de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Dado que, más allá de la vigencia de un documento, lo esencial es que su contenido justifique tal condición, hecho que en este causa se encuentra plenamente demostrado con el carnet y el certificado emitidos tanto por el CONADIS como por el Ministerio de Salud Pública, respectivamente. Siendo que, la caducidad que podría afectar al carnet señalado, no necesariamente desacredita la información constante respecto de la condición de discapacidad de una persona. Más aun cuando se cuenta también con un certificado actualizado que se encuentra suscrito por un profesional de la salud dependiente del órgano competente, como en este caso sucede con el documento extendido por el Ministerio de Salud.
Aceptar la posición contraria, y desconocer la información constante en un documento otorgado por la entidad competente implicaría restringir el contenido de los derechos de las personas en situación de discapacidad y todo el entramado constitucional –descrito en esta decisión- que las protege; implicando directa contradicción con los artículos 11 numeral 4, 35, y 47 numeral 5 de la Constitución de la República.
Dicho lo anterior, en la causa se ha constatado que el actor justificó dentro del proceso su condición de persona en situación de discapacidad.
7.4 Entonces como premisa normativa tenemos: la terminación del contrato de trabajo intermediando visto bueno a favor del trabajador por la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo constituye un despido indirecto; acto que sí se encuentra dentro de los supuestos necesarios del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y, por tanto, su configuración obliga al pago de la indemnización contemplada en esta última norma.
La premisa fáctica es: el vínculo de trabajo entre las partes culminó intermediando visto bueno a favor del trabajador por la causa prevista en el artículo 173 numeral 2 del Código de Trabajo (despido indirecto); siendo que el actor, en su calidad de trabajador, ha justificado dentro del proceso su condición de persona en situación de discapacidad.
Conclusión: el actor tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
7.5 Por lo antes expuesto, se acepta la infracción del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades fundamentada por el actor en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, existiendo mérito para casar la sentencia cuestionada conforme la motivación previamente desarrollada.
OCTAVO.- LIQUIDACIÓN:
El actor ha manifestado en su libelo de demanda que su mejor remuneración ascendió a USD $602,17 cuestión que no ha sido refutada o contradicha por la parte demandada; por lo que se la considera para el cálculo de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
USD $ 602,17 X 18= **USD $10.839,06**
NOVENO.- DECISIÓN:
Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta el recurso de casación interpuesto por el actor, y casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de octubre de 2019, las 14h54, ordenando, que, a más de los rubros dispuestos en el fallo de apelación, se pague a favor de José Luis Rosero Narváez, por concepto de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la cantidad de **DIEZ MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE CON 06/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $10.839,06). CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**
f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. *11335-2019-00049*
Resolución Nro. *249-2021*
Fecha: *jueves 29 de julio del 2021, las 10h17*

TEMA: Jubilación patronal en los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

ASUNTO

El actor demanda al Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas el pago de los montos por concepto de pensión por jubilación patronal mensual y decimotercera y decimocuarta remuneración de los años 2017. Por su parte, la entidad demandada señala que se ha pagado la indemnización que correspondía por jubilación y que, respecto de la pensión mensual, se ha fijado de acuerdo al Código del Trabajo y la ordenanza municipal que regula el pago de pensiones jubilares a los ex trabajadores del cantón Calvas, por tanto, que nada tienen que pagar adicionalmente.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Calvas resolvió aceptar la demanda, por considerar que no es aplicable la ordenanza municipal que regula el pago de pensiones jubilares, al establecer un valor inferior al 50% de la última remuneración del trabajador, como lo marca la jurisprudencia de la materia y, por tanto, no cumplir los fines del derecho a la jubilación.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescentes y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja considera que el artículo 6 de la Ordenanza que regula la Jubilación Patronal de los Trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas esta sobre la base y debajo del techo del inciso primero de la regla segunda del artículo 216 ibídem, por lo que se encuentra acorde a la normativa legal que fue establecida por el Asambleísta y que, al no ser declarada inconstitucional ni la ordenanza del cantón Calvas ni la regla segunda del artículo 216 del Código de Trabajo, trae como resultado que se encuentre en vigencia dentro del ordenamiento jurídico, de forma que no acatarla sería quebrantar uno de los derechos constitucionales básicos que es la seguridad jurídica. Por este motivo, el tribunal acepta el recurso de apelación planteado por la entidad accionada, revoca la sentencia impugnada y desecha la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11335-2019-00049

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito,jueves 29 de julio del 2021, las 10h17.
VISTOS:
I. Antecedentes

En el juicio laboral seguido por Arcesio Antolín Ajila Chuquirima en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas –en adelante GAD Municipal de Calvas-, en la persona de Mario Vicente Cueva Bravo y Nataly Poma

Valdivieso, en sus calidades de Alcalde y Procuradora Síndica, respectivamente; el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja dictó sentencia el 25 de julio de 2019; las 14h41, que revoca la subida en grado, desechando la demanda por improcedente, respecto a la pretensión del accionante sobre la pensión jubilar de conformidad con el art. 216.1 del Código del Trabajo.

II. Actos de sustanciación del recurso de casación

Inconforme con esta decisión, el accionante presentó recurso de casación, siendo admitido a trámite en auto de fecha 22 de julio de 2020; las 10h33, emitido por la Doctora Liz Barrera Espín, Conjueza Nacional (t). Posteriormente, la causa pasó mediante sorteo efectuado el 15 de junio de 2021, a conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por las Juezas Nacionales: Doctora Enma Tapia Rivera, Doctora Katerine Muñoz Subía, y Doctora Consuelo Heredia Yerovi.

III. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

En relación con el recurso de casación planteado por Arcesio Antolín Ajila Chuquirima (accionante), se alegan como infringidas las normas contenidas en los arts. 11.3, 37.3, 133.2 y 326.3 de la Constitución de la República, art. 216 numerales 1 y 2 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en los casos tercero y quinto del art. 268 del COGEP.

En este acápite se recogerán los principales argumentos del recurso de casación fundamentados por la parte recurrente, a saber:

Como preámbulo, se indica que el actor se jubiló el 15 de mayo de 2017, a la edad de 76 años, reclamando a través de esta acción, el pago de la jubilación patronal según la disposición contenida en el art. 216 numeral 1 del Código del Trabajo, es decir, considerando para cálculo el promedio anual de remuneraciones de los últimos cinco años percibidas, el tiempo de servicio y el coeficiente de edad, ante lo cual, alega que le correspondería la pensión mensual de US. $ 264,78 y no de US. $ 40,00, que fue fijada por la entidad demandada a través de una ordenanza, además solicita el pago de la décima cuarta pensión jubilar, la cual aduce que no ha sido cancelada de conformidad con la ley desde la fecha de su jubilación.

De esta manera, sostiene al amparo del ***caso quinto de art. 268 del COGEP***, el cargo de errónea interpretación del art. 216 numeral 2 del Código del Trabajo, por cuanto en la sentencia censurada se ha determinado que los municipios y consejos provinciales tienen la facultad legal a través de ordenanzas de fijar los montos a pagar por jubilación patronal a sus ex trabajadores, apartándose así de las disposiciones contenidas en el numeral 1 del art. 216 *ibídem*, norma que acusa su falta de aplicación. Con este argumento, fundamenta que una ordenanza no puede encontrarse en contraposición con la ley, menos aún, cuando es en perjuicio de los derechos del trabajador.

Lo cual, asevera que va en contra de las normas constitucionales que comprenden los derechos laborales con el art. 37.3 de la Constitución de la República, así como el art. 326.3, que dispone que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, estas se aplican en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.

Por otra parte, respecto al ***caso tercero del art. 268 del COGEP***, el casacionista arguye que el Tribunal de apelación ha omitido pronunciarse en relación al pago de la decimocuarto remuneración de conformidad con el art. 113 del Código del Trabajo, por cuanto no se ha resuelto si tal beneficio se ha venido pagando o no al trabajador de conformidad con la ley.

IV. Jurisdicción y Competencia

Corresponde el conocimiento y resolución de esta causa al Tribunal de casación en mención, de conformidad con las resoluciones N° 01-2018[1] y N° 002-2021,[2] emitidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra del expediente de casación

[1] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución N° 01-2018*, de 26 de enero de 2018, relativa a la integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

[2] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución N° 02-2021,* de 05 de febrero de 2021, sobre la nueva integración de las seis salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

que se lo realiza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial 38, Suplemento, de 17 de julio de 2013. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 184 y 191 numeral 1 del COFJ; y, 269 del COGEP.

V. Validez procesal

Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades sustanciales, legales y constitucionales para que la causa sea considerada válida procesalmente.

VI. Audiencia y fundamentos de los recursos de casación

Según las disposiciones contenidas en el art. 168.6 de la CRE, 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; por lo que este Tribunal según las disposiciones del art. 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el lunes 28 de junio de 2020; las 09h00; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 273 *ibídem*.

VII. Problemas jurídicos a dilucidar

Una vez plasmada la fundamentación del recurso que fue sustentado en audiencia, este Tribunal deberá resolver las impugnaciones, cuales son:

i) Verificar si como acusa la parte recurrente, existe la errónea interpretación del art. 216.2 del Código del Trabajo, así como la falta de aplicación del art. 216.1 *ibídem*, por cuanto a su criterio, el Tribunal de apelación niega la pretensión del actor, a pesar de que tiene derecho al pago de la pensión jubilar considerando el promedio anual de las remuneraciones de los últimos cinco años, tiempo de servicio y el coeficiente de edad, y no como determina la ordenanza que resulta perjudicial a los derechos del trabajador.

ii) Una vez resuelta esta primera cuestión, se procederá a revisar si procede o no el pago de decima cuarta remuneración de conformidad con el art. 113 del Código del Trabajo.

VIII. Resolución respecto a las impugnaciones presentadas

PRIMERO. - Para resolver los problemas jurídicos planteados, es necesario remitirnos previamente a lo expuesto por el tribunal de apelación en su fallo, transcribiendo a continuación la parte principal:

> "[…] 5.2.1. Las reglas establecidas para el derecho de jubilación se encuentran principalmente establecidas en el artículo 216 del Código de Trabajo, las cuales tienen varias características, en el presente caso la regla segunda que nos corresponde analizar, refiere: "2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US $ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US $ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.- EXCEPTÚASE DE ESTA DISPOSICIÓN, A LOS MUNICIPIOS Y CONSEJOS PROVINCIALES DEL PAÍS QUE CONFORMAN EL RÉGIMEN SECCIONAL AUTÓNOMO, QUIENES REGULARÁN MEDIANTE LA EXPEDICIÓN DE LAS ORDENANZAS CORRESPONDIENTES LA JUBILACIÓN PATRONAL PARA ÉSTOS APLICABLE.- Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla" (Las mayúsculas no son del texto original).- Como se puede advertir existe una excepción establecida para los municipios y consejo provinciales para que puedan regular los montos de acuerdo a sus respectivas ordenanzas"; 5.2.2. En el caso en análisis el Gobierno Autónomo Descentralizado del municipio de Calvas, en ejercicio de las atribuciones legales conferidas por la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Territorial, Autonomía y Descentralización, procedió a expedir la ORDENANZA QUE REGULA LA JUBILACIÓN PATRONAL DE LOS TRABAJADORES EN EL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CALVAS, la cual fue conocida, discutida y aprobada

en dos debates, los mismos que se llevaron a cabo en la sesión ordinaria de fechas lunes 20 de febrero del 2017 y sesión ordinaria de fecha viernes 3 de marzo del 2017, cuya sanción así como la promulgación fue dada el 6 de marzo del 2017, cabe indicar que la disposición final de la referida ordenanza, refiere: "La presente ordenanza entrará en vigencia a partir de su sanción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, su publicación en la Gaceta Oficial Municipal y página web de la institución"; 5.2.3. El artículo 6 de la Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas dispone: "El Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas, cancelará al trabajador cuya solicitud haya sido aprobada; por pensión mensual de Jubilación Patronal la suma de CUARENTA DÓLARES AMERICANOS, si el trabajador es beneficiario de doble jubilación; y de CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS, si el servidor solamente tiene derecho a la jubilación del empleador"; 5.2.4. De la revisión de los recaudos procesales, se advierte que accionante laboró para la institución hasta el día 15 de mayo del 2017, conforme consta de la certificación que obra a fojas 23, así como de la propia afirmación del actor en su demanda; 5.2.5. De la certificación que obra a fojas 40, remitida por la Directora Financiera del GAD municipal del cantón Calvas, consta que al señor ex trabajador municipal ARCESIO ANTOLIN AJILA CHUQUIRIMA que ha demandado al GADCC, se le ha cancelado por concepto de pensión jubilar patronal el valor de $ 40,00 mensuales, (cuarenta dólares mensuales), hasta el mes de febrero del año 2019 incluido el décimo cuarto sueldo mensual; 5.2.6. En este orden de ideas, podemos establecer que el accionante ha hecho uso a su derecho de jubilación patronal el 15 de mayo del 2017, es decir posterior a la entrada en vigencia de la Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas, esto es, el 6 de marzo del 2017, por lo tanto en el presente caso el referido Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal al crear la mencionada ordenanza de regulación de jubilación patronal, se encontraba dentro de la excepción contemplada en el artículo 216 regla segunda del inciso segundo del Código de Trabajo, y por lo tanto al estar sobre la base y debajo del techo del inciso primero de la regla segunda del artículo 216 ibídem, se encuentra acorde a la normativa legal que fue establecida por el Asambleísta y que al no ser declarada inconstitucional ni la ordenanza del cantón Calvas, ni la regla segunda del artículo 216 del Código de Trabajo, trae como resultado que se encuentre en vigencia dentro del ordenamiento jurídico, y no acatarla sería quebrantar uno de los derechos constitucionales básicos que es la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que indica: "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", por su parte la Jurisprudencia la define: "como 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. Entre las diferentes concepciones sobre seguridad jurídica, rescatamos aquellas que tienen relación a la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. En consecuencia, recae en el Estado la obligación de establecer seguridad jurídica al ejercer su poder de imperio 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. La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad que este presupuesto y función del Estado de Derecho supone al conocimiento de las normas vigentes" (Resolución de la Corte Constitucional 17, Registro Oficial Suplemento 228 de 5 de Julio del 2010). Cabe indicar además que de los documentos que obra a fojas 40 a 44 sí se ha venido cancelado la correspondiente pensión jubilar de USD $ 40, acorde a la normativa legal establecida.- Por lo tanto y bajo la argumentación jurídica indicada, es

evidente que la solución al problema planteado, es que en el presente caso es procedente la aplicación de la regla segunda del artículo 216 del Código de Trabajo y como consecuencia no sería procedente la aplicación de la regla primera del referido artículo 216 ibídem. Con respecto a la afirmación del accionante de que la aplicación de la regla segunda del artículo 216 del Código de Trabajo ocasionaría un trato desigual al accionante, así como la existencia de casos similares a favor de los ex trabajadores, este Tribunal indica que conforme lo mencionó la defensa técnica de la parte accionante, los referidos casos fueron anteriores a la aplicación de la Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas, por lo tanto mal podría equipararse a este caso, por el contrario, como ya se ha indicado, la inaplicación de esta normativa legal acarrearía una inseguridad jurídica a nivel nacional, puesto que se desconocerían las ordenanzas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados tanto municipales como provinciales, en su legítimo derecho contemplado en el artículo 216 del Código de Trabajo.- […]"[3]

SEGUNDO.- En relación al caso quinto del art. 268 del COGEP, alegado por el casacionista como fundamento de su recurso interpuesto, es necesario precisar, que el vicio de juzgamiento o "in iundicando", contempla los supuestos de aplicación indebida, falta de aplicación o ***errónea interpretación de normas de derecho*** o precedentes jurisprudenciales obligatorios que incidan en la sentencia, se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido, y que de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene.

En términos generales, en casación no está permitido revalorar la prueba, y en relación a ésta causal, revisar nuevamente hechos que ya se encuentran establecidos en la sentencia y que se dan por aceptados, pues esta esencialmente apunta a demostrar jurídicamente la vulneración propiamente dicha de normas de derecho por parte del juzgador/a al dictar sentencia, que se produce según la doctrina y jurisprudencia aceptada, en el proceso de reducir los hechos a las normas o enunciados jurídicos mediante el proceso de subsunción, es decir normas de derecho sustantivo que resulten aplicables.

TERCERO.- Tratándose particularmente del derecho social al trabajo cuya lógica se diferencia de otras ramas, habida cuenta que el derecho social en general y al trabajo en específico, han sido definidas constitucionalmente con el fin de garantizar la dignidad de las personas trabajadoras y de contrarrestar las inequidades sociales, es que ciertas instituciones jurídicas operan de diferente manera, como se explicará más adelante. El derecho al trabajo tiene por objeto la equidad de las relaciones entre los intervinientes directos del vínculo laboral, empleador-obrero, y de las relaciones económicas en general, en esta razón, es que se han establecido ya sea a través de la configuración legislativa, o ya sea, a través de la jurisprudencia, disposiciones que concreten el objetivo de justicia social y equidad.

El art. 326 de la Constitución de la República establece varios principios por los que se rige el derecho al trabajo, donde el efectivo ejercicio de estas disposiciones propenderá a conseguir los fines del derecho laboral. Entre los principios definidos por el constituyente, se tienen: el de irrenunciabilidad, intangibilidad de los derechos laborales, libertad de asociación, contratación colectiva, entre otros. Recuérdese además, que fue a través del desarrollo jurisprudencial que el derecho a la jubilación patronal se consideró como imprescriptible, de ahí que en ciertas circunstancias en materia laboral, opera el principio de imprescriptibilidad de los derechos.

CUARTO.- En el caso *sub judice*, para iniciar el análisis respecto de la jubilación patronal solicitada

[3] Ver sentencia de apelación que obra a fs. 06-10 del expediente de segunda instancia.

por el accionante, como preámbulo, este Tribunal de casación enfatiza, que la jubilación constituye una prestación económica a la que tiene derecho el/la trabajador/a según lo que dispone el art. 216 del Código del Trabajo, que establece el derecho de aquellos trabajadores que hayan prestado sus servicios por un período igual o mayor a veinticinco años, a ser jubilados por parte de sus empleadores. Su objetivo es la concreción de derechos relacionados con la dignidad humana y la vida digna.[4] Al tenor de los postulados del Estado constitucional, el derecho a la pensión jubilar tiene conexión directa con el derecho al trabajo, y lo que persigue es asegurar el "[…] descanso remunerado y 'digno', fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución."[5]

Es preciso señalar, que para interpretar una norma jurídica se debe tomar en consideración al principio tutelar rector del derecho del trabajo, que como se advirtió, consagra los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales. El primero que tiene su fundamento en la protección al trabajador como parte débil de la relación y, el segundo, que se traduce en la garantía de que estos derechos y las conquistas logradas por los trabajadores, no se alteren o muten por ningún concepto.

En este sentido, el artículo 216 numeral primero del Código del Trabajo, dispone:

> **Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.-** Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:
>
> 1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.
>
> Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:
>
> a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
>
> b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

Por otra parte, el numeral segundo del citado artículo 216 del CT, dispone:

> **2.** *En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la* remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US $ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US $ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.
>
> *Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.*
>
> Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla. [Cursiva fuera de texto].

Queda claro entonces que la regla segunda del artículo 216 del CT, por una parte, contempla límites con relación al cálculo de la pensión jubilar patronal mensual, estableciéndose en el precepto normativo, ciertas excepciones individualizadas como mínimos y máximos. Y por otra, establece la excepción que los municipios y consejos provinciales que conforman el régimen seccional autónomo, tienen la facultad legal de emitir sus propias ordenanzas para fijar la jubilación patronal de sus trabajadores.

En este contexto, se evidencia que el GAD Municipal de Calvas, en ejercicio de sus atribuciones legales, procedió a expedir la ordenanza que regula la jubilación patronal a sus trabajadores, la cual entró en vigencia a través de su sanción, el 6 de marzo de 2017, y que en su art. 6 dispone lo siguiente: "El Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas, cancelará al trabajador cuya solicitud haya

[4] Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-398/13, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-398-13.htm
[5] Ibíd.

sido aprobada; por pensión mensual de **Jubilación Patronal** la suma de **CUARENTA DÓLARES AMERICANOS**, si el trabajador es beneficiario de doble jubilación; y de **CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS**, si el servidor solamente tiene derecho a la jubilación del empleador"

QUINTO.- Al margen de lo expuesto y realizando una interpretación teleológica de la norma respecto a la jubilación patronal de las y los trabajadores, a este Tribunal de casación le resulta imprescindible dilucidar cuál sería la pensión jubilar del actor, Arcesio Antolín Ajila Chuquirima, en caso de aplicar el numeral primero del art. 216 del Código del Trabajo, lo que efectivamente se procederá a continuación según los hechos establecidos en la sentencia de apelación:

- La relación laboral inició el 01 de julio de 1987 hasta el 15 de mayo de 2017, con un tiempo de servicio de 29 años, y una edad de 76 años del trabajador.- La remuneración recibida durante los últimos cinco años de servicio corresponde a ***US. $ 28,625.40*** / 5 (promedio) = ***$ 5,725.08*** *5% = ***$ 286.25*** * 29 (años de servicio) = ***$ 8,301.36*** (haber individual) / 2.5596 (coeficiente) = ***$ 3,243.22*** (pensión anual) / 12 meses, correspondería al valor de ***$ 270.26*** como pensión jubilar mensual.

Ahora bien, según el art. 11 de la Constitución de la República: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 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." Lo cual, se inmiscuye plenamente con las reglas interpretativas positivas del *favor laboratoris* y la interpretación favorable de los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que marcan una preferencia frente a otras interpretaciones, por ser aquella que mejor supone la realización de los fines del derecho laboral (protección del trabajador, establecido en el artículo 5 del CT y la realización de la justicia y, de ninguna manera implican una lesión a la seguridad jurídica, en los términos que señala la Corte Constitucional).[6]

En este contexto, se observa que, si bien los juzgadores de segunda instancia realizan una interpretación literal de la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo, respecto a la facultad legal que tienen los municipios y concejos provinciales de emitir sus propias ordenanzas para fijar la pensión jubilar de sus trabajadores; señalando además que en otras ocasiones la Sala Laboral se ha pronunciado de otra manera, más con amparo de las normas constitucionales que hemos señalado, este Tribunal de casación se desmarca de ese criterio y considera que no existe una justificación para perjudicar y aplicar una norma que resulta ser regresiva de derechos a los trabajadores, tanto más que la jubilación patronal es uno de los pilares del derecho laboral, que como se vio con antelación, resulta inaudito que por una parte, se fije como pensión jubilar a través de una ordenanza, el pago de **US $40,00** y **US 50,00** como pensión jubilar mensual, y por otra parte, si se considera las disposiciones generales para todos los trabajadores, en el caso en particular, se obtiene el valor de ***$ 270.26*** como pensión jubilar mensual.

En consecuencia, se prevé que aplicar en el presente caso, el inciso segundo del numeral 2 del art. 216 del Código del Trabajo, el cual se introdujo en la codificación laboral, mediante R.O. Suplemento N° 359, de 02 de julio de 2001, resulta regresivo y vulneratorio de los derechos laborales, los cuales se encuentran contemplados en el art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República, por cuanto se ha realizado una interpretación limitada con sujeción a al pleno ejercicio y protección de los derechos adquiridos del trabajador. Por lo que, se aceptan los cargos planteados al amparo del ***caso quinto del art. 268 del COGEP***, y se procede a realizar la reliquidación de las pensiones jubilares así como de las adicionales de décima tercera y

[6] Cfr. Ecuador. Corte Constitucional, (1) Sentencia No. 015-15-SEP-CC. caso No. 1857-11-EP, 28 de enero de 2015. (2) Sentencia No. 048-15-SEP-CC, caso No. 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (3) Sentencia No. 100-15-SEP-CC, caso No. 0452-13-EP, 31 de marzo de 2015, entre otros.

cuarta pensiones jubilares, desde la terminación de la relación laboral hasta la presente fecha, aplicando la Resolución de la Corte Suprema (R.O. 245, 2-VIII-1989) "Resuelve: Que, en los casos en que el trabajador tuviere derecho a percibir pensión jubilar de su empleador, según lo preceptuado en el Art. 221 (219) del Código del Trabajo, el Juez ordenará que dicha pensión se la pague a partir de la fecha en que terminó la relación laboral. Más los valores correspondientes a beneficios legales por concepto de décimo tercera y décima cuarta remuneraciones":

AÑO	PENSIÓN JUBILAR MENSUAL	PENSIÓN JUBILAR ANUAL	DÉCIMO TERCERO	DÉCIMO CUARTO	SUBTOTAL
2017 (15May-Dic)	$270,26	$2.026,95	$146,38	$78,12	$2.251.45
2018 (Ene-Dic)	$270,26	$3.243,12	$270,26	$386,00	$3.899.38
2019 (Ene-Dic)	$270,26	$3.243,12	$270,26	$394,00	$3.907.38
2020 (Ene-Dic)	$270,26	$3.243,12	$270,26	$400,00	$3.913.38
2021 (Ene-Jul)	$270,26	$1.891,82	NO CORRESPONDE	NO CORRESPONDE	$1.891.82
			TOTAL		**$15.863,41**

SEXTO.- Liquidación:
***En virtud de que se trata de una reliquidación de pago de jubilación, se ordena que en la fase de ejecución, la parte demandada presente justificación del pago de los valores entregados por concepto de pensiones jubilares mensuales y pensiones jubilares adicionales –tercera y cuarta-desde mayo de 2015, para que sean descontados del valor total de la presente liquidación.**
SÉPTIMO.- Es preciso advertir que, por cuanto se aceptaron los cargos al amparo del ***caso quinto del art. 268 del COGEP***, que involucra la reliquidación de la pensión jubilar, así como de las adiciones de décima tercera y cuarta pensiones jubilares, resulta inoficioso pronunciarse respecto al cargo planteado dentro del ***caso tercero del art. 268 ibídem***, ya que se encuentra la pretensión planteada, inmersa dentro del pronunciamiento de mérito de esta sentencia.

IX. DECISIÓN

Por los argumentos vertidos en la presente sentencia, este tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia resuelve **"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 el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja de 25 de julio de 2019; las 14h41, en su lugar acepta la demanda y se ordena al GAD Municipal de Calvas el pago de la pensión jubilar patronal mensual y vitalicia, el valor de **US. *$270,26***, además de las pensiones jubilares adicionales de conformidad con la presente resolución, así como las pensiones jubilares vencidas hasta la presente fecha, que asciende el valor de US. **$15.863,41** más intereses conforme a la resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia N° 08-2016. El juez de ejecución en caso de ser necesario actualizará la liquidación practicada. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.- **Notifíquese.-**

f) Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

III

Juicio Nro. *09359 2019-01804*
Resolución Nro. *298-2021*
Fecha**:** *lunes 20 de septiembre del 2021, las 14h46*

TEMA: Nulidad por falta de pronunciamiento del recurso de apelación.

ASUNTO

La parte accionante, quien se acogió a su derecho a la jubilación, exige la reliquidación del valor recibido como Fondo Global de Jubilación Patronal, argumentando que se fijó vulnerando sus derechos, pues le correspondería recibir una cantidad superior, y que el acta transaccional no fue suscrita con las formalidades legales. La demandada, por su parte, alegó la prescripción de la acción, por el tiempo transcurrido desde que se llegó a un acuerdo de pago de la jubilación global, y la existencia del convenio.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez, en su sentencia, expresa que, si bien es cierto que el derecho a la jubilación patronal es imprescriptible, puesto que es una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, en el presente caso el ex trabajador firmó un acta transaccional de jubilación patronal, para el pago de un fondo global, acto susceptible de prescripción, que hasta la fecha de la última citación por boletas al demandado, de 21 de agosto de 2019, en cumplimiento al artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos, ha transcurrido 8 años, 2 meses y 25 días, tiempo por demás en exceso de lo determinado en el Art. 635 del Código del Trabajo, por lo que se acoge la excepción de prescripción de la acción.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

Ante el recurso de apelación presentado por el actor, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en su sentencia, considera que el actor no reclama el pago de la jubilación patronal mensual, sino que impugna el valor contenido en el acta transaccional suscrita entre los litigantes, consecuentemente, no es lo mismo la demanda de pago de pensión jubilar patronal que la impugnación de un documento plenamente válido y reconocido por las partes. Es así que el tribunal desecha el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, señalando que no se demanda el reconocimiento de la jubilación patronal, sino que se impugna el acta transaccional suscrita entre las partes que contiene el acuerdo global de jubilación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-01804

Juez Ponente: Dr. Alejandro Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, lunes 20 de septiembre del 2021, las 14h46.

VISTOS:

PRIMERO. ANTECEDENTES PROCESALES.- En el juicio laboral seguido por Juan Zoilo Pérez Olivares en contra de la Sociedad Agrícola e Industrial San Carlos S.A., en la persona de Xavier Enrique Marcos Stagg, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia el 10 de enero del 2020, las 11h51, confirmando la sentencia recurrida declarando la procedencia de las

excepcione planteadas y acogidas por el juez de primer nivel, referentes a la prescripción y existencia de Convenio, Compromiso Arbitral o Convenio de Mediación, conforme el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos. Inconforme con la decisión, la parte actora interpone recurso de casación, siendo admitido a trámite en auto de 3 de septiembre del 2020, las 08h59 y, una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo de fecha 29 de julio de 2021, las 08h14, se realiza la audiencia respectiva, de fundamentación del recurso de casación y encontrándose en estado de fundamentar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

SEGUNDO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; Resoluciones No. 0082021 de 28 de enero de 2021; N° 19719 de 28 de noviembre de 2019 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y 072019 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por el sorteo de ley que obra del cuaderno de casación.

El tribunal competente para conocer la presente causa, se encuentra constituido por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (PONENTE); doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional; y, doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional.

TERCERO:

AUDIENCIA PÚBLICA:

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día lunes 13 de septiembre de 2021, 11h00.

CUARTO:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

4.1. SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en el COGEP. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que *" […] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal […] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo […] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas".* (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá Colombia, 2008, pág. 13). Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

QUINTO.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN:

La parte actora, fundamentada en los casos: primero, tercero, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, alega como infringidos los siguientes artículos de la siguiente forma:

"Código del Trabajo:

Art. 4.Irrenunciabilidad de derechos. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Art. 216. Jubilación a cargo de empleadores

Art. 635. Prescripción de las acciones prevenientes de actos o contratos

Constitución de la República:

Art. 33. El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico 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 retribuirnos justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

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. 326. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentabas o contractuales en materia laboral estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

Art. 11.numeral 6. Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes, y de igual jerarquía.

Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial."

SEXTO.

CARGOS ALEGADOS:

6.1. La parte recurrente, por intermedio de su procurador judicial el abogado Robert Díaz López, fundamenta su recurso señalando:

***Caso primero*:**

- **Señala que los jueces han aplicado indebidamente** el artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, pues al aceptar dicha excepción le ha dejado en **indefensión, provocando que no se pueda defender en la causa.**
- Considera que era deber de los jueces provinciales revocar la sentencia y declarar la nulidad del proceso, desde el auto interlocutorio en que se acepta erróneamente las excepciones previas y devolver el juicio a la etapa en que fue interrumpida por este yerro.
- Manifiesta que ha fundamentado su ***apelación solicitando que se revoque su sentencia,*** en base a todas las argumentaciones que se han planteado, ***y que se declare la nulidad de la misma, a fin de que, el proceso se retrotraiga a la fase en que empezó la audiencia,*** y que cada una de las partes pueda producir las pruebas, sin embrago, los jueces provinciales hacen referencia a la prescripción, excepción que se encuentra consagrada en el artículo ***635 del Código de Trabajo, sin considerar lo expuesto en la resolución de la Corte Suprema de Justicia,*** que determina que en las acciones referentes a jubilación no opera la prescripción, es decir son imprescriptibles.

***Caso tercero*:**

- Bajo esta causal, señala la parte recurrente que los jueces ad quem no han resuelto uno de los puntos controvertidos de la litis, **ya que dicen en su resolución** que "*la demanda no reclama el pago de la jubilación patronal mensual; sino que impugna el valor contenido en el acta transaccional de jubilación patronal suscrita entre los litigantes*"; sin observar que del **texto que se transcribe en la demandada se dice:** ***"Con*** *estos antecedentes demandamos, por los derechos que representamos de nuestro poderdante Econ. Juan Zoilo Pérez Olivares, al Ledo. XAVIER ENRIQUE MARCOS STAGG, por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de representante legal de la Sociedad Agrícola e Industrial San Carlos, y a esta última, para que en sentencia usted los condene solidariamente al pago, a favor de nuestro poderdante, de: Una pensión jubilar de $ 838,00, más la decimosexta pensión en la suma de $104,75, la decimotercera pensión equivalente a una pensión jubilar de $ 838,00 y de la decimocuarta pensión que corresponda de acuerdo al año de pago, según las regulaciones legales. La diferencia entre el valor percibido como supuesto acuerdo de fondo global y las pensiones que le corresponden de acuerdo al cálculo correcto, hasta julio de 2019, menos los $3.000,00 recibidos con el Acta TransaccionaI, que es la suma de $101.282,84 que son las pensiones jubilares (tal como se indica en el cuadro que antecede), más las pensiones que se acumulen hasta la ejecución de la sentencia."*
- Sin que se pueda observar que en ningún momento de la pretensión se dice que se impugna o que se revise el valor contenido en el acta transaccional, sino más bien que este valor que ilegítimamente ha sido considerado como un fondo global, se lo aprecie como un abono a las pensiones jubilares que debieron ser pagadas hasta la fecha de presentación de la demanda.

Caso cuarto:

- Señala una falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, manifestando que la norma de valoración que ha sido violentada, es la determinada en el artículo 164 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, referente a que la prueba debe ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
- Sostiene que los jueces provinciales en su sentencia, señalan que el actor recibió un fondo global y que de ello se ha realizado un reconocimiento de firma ante Notario, sin considerar que el artículo 216 numeral 3 inciso tercero del Código de Trabajo dice textualmente: *"El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con la cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador*"; norma mandatoria, que no señala que el fondo global se debe hacer por documento privado con reconocimiento de firma.
- Indica que al reverso del referido documento que obra a foja 64 del expediente de primer nivel no consta *un "acta de reconocimiento de firmas",* sino un acta suscrita solamente por *el Notario Ab. Bernardo Ortega Mora, en la que dice: "las firmas y rúbricas corresponden a los señores Xavier Marcos Stagg y Juan Zoilo Pérez Olivares, declarando que son las que utiliza en todos sus actos públicos y privados."*
- Manifiesta que al haberse infringido lo que establece el artículo 164 inciso 2 del Código Orgánico General de Proceso se infringió la norma de derecho contenida en el artículo 216 numeral 3 inciso tercero del Código de Trabajo.
- Además, indica que al considerar indebidamente que ese documento llamado acta transaccional de jubilación, constante a foja 64 del expediente de primer nivel, señalando que es un documento válido para la determinación del fondo global, se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 216 numeral 3 inciso tercero del Código del Trabajo que exige determinadamente que ésta acta se suscriba ante una autoridad judicial o administrativa competente o ante el notario. El referido documento no fue suscrito ante ninguna de las tres personas, por lo cual este documento es nulo y así debieron haberlo declarado los jueces de segundo nivel.

Caso quinto:

- Acusa una falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo y concretamente la establecida en el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: *"Art. 9.PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su caigo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes";* artículo que expresa que los jueces deben resolver siempre las pretensiones y excepciones de las partes, situación que no se ha hecho por cuanto se incorpora una supuesta causal de la apelación llamada "incompetencia del juzgador", la cual jamás se solicitó.
- Impugna la sentencia emitida por los jueces del tribunal ad quem, por existencia de *nulidad, p*or no aplicar el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, al no contener motivación, porque no enuncia los fundamentos legales o constitucionales que llevan a la resolución o que sirven de antecedentes para la misma, ni tampoco explica cómo estas normas se ajustan o aplican a los hechos ocurridos y que son motivo de juzgamiento.
- Manifiesta que los jueces provinciales*, en su sentencia determinan: "El demandado en el escrito de contestación a la demanda plantea como excepciones: la prescripción de la acción y la existencia de convenio, amparado en los arts. 153 y 295, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos en concordancia con la Resolución No. 122017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el R. 0. 21Suplemento del 23 de junio del 2017. Sobre la excepción de prescripción cabe preguntarse si la acción planteada por el actor, por inconformidad en la liquidación contenida en el Acta Transaccional de Jubilación Patronal, suscrita el 4 de marzo del 2011 (fs. 64), tenía un tiempo legal para ser impugnada, o, si ésta puede ser impugnada. El Código de Trabajo señala en el "art. 635.Prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos. 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 los dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código"; observándose que en esta parte de la sentencia los jueces provinciales describen y considera para su posterior aplicación, el **artículo 635 del Código de Trabajo** que hace referencia a la prescripción de las acciones laborales de manera general, sin considerar la **resolución de la Corte Suprema de Justicia de fecha 5 de julio de 1989, publicada en el Registro Oficial 233 de 14 de julio del mismo año,** determina que es imprescriptible el derecho del trabajador que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continua o ininterrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal.

- Establece una errónea interpretación del artículo 76 de la Constitución del República, pues se limitan a trascribir lo efectuado por el juez de primer nivel, sin analizar el tema de las excepciones.

6.2. <u>Contradicción de la parte demandada</u>.

La parte demandada por intermedio de su procurador judicial el abogado Marlon Cañarte, abogado autorizado por el doctor Henry Chávez Lindao, señala:

- Señala que los jueces provinciales efectúan un análisis adecuado referente a la procedencia de las excepciones de prescripción y de convenio arbitral existente en el presente caso.
- Considera que el acta transacciones suscrita entre las partes cumple con todos los requisitos, establecidos en la ley.
- Manifiesta que el recurso de apelación expuesto por la parte actora se basa en la nulidad de la sentencia, sin embargo en el fallo recurrido, en el numeral 7.3, se efectúa un debido análisis y motivación de los jueces provinciales respecto al pedido de la parte actora, estableciendo que la pretensión de la demanda consiste en una reliquidación del acta de acuerdo transaccional, situación muy distinta al pago de la jubilación patronal.
- Establece que, la parte actora ha señalada la nulidad del acta, sin embargo en su reclamo inicial, en su demanda, no efectúa este reclamo.
- Considera que la parte actora mediante su recuro, pretende que los jueces analicen la prueba, situación que no podría darse dado que nunca fue admitida ni anunciada en el proceso, pues se aceptó las excepciones planteadas por la parte demandada.
- Señala que la Resolución 122017 emitida por la Corte Nacional de Justicia, determina que las excepciones de prescripción y de la existencia de acuerdo entre las partes tiene el carácter de insubsanables, y así lo ha declarado el juez de primer nivel.

6.3. <u>Contra réplica de la pare actora</u>

- Indica que la parte demandada, ha establecido que el acta transaccional cumple con los requisito que establece la ley para su validez, sin embargo no se ha tomado en cuenta un requisito muy importante que incide sobre la validez de los documentos, que es que no contravenga las disposiciones legales y que cumpla con lo que determina la ley, conforme el artículo 1697 del Código Civil.
- Recalca que no se está solicitando que se valore la prueba, pues esta nunca se efectuó en el proceso; lo que se solicita es que se revise el documento "acta de acuerdo transaccional" con el que se declaró procedente las excepciones de prescripción de la acción y la existencia de convenio arbitral.

SÉPTIMO.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: De la fundamentación de los recursos de casación propuestos al amparo de los casos invocados, se precisa:

- Determinar, si en la sentencia recurrida se ha producido una aplicación indebida del artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, al haber aceptado la excepción de prescripción, conforme el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos; cuando el tribunal ad quem no realiza el análisis propio de tribunal de apelación, respecto de la decisión de primera instancia.
- Si los jueces del tribunal ad quem no han resuelto un punto controvertido de la litis.
- Establecer si se ha producido una transgresión del artículo 164 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, al no haberse observado que el acta transaccional es un documento que no fue suscrito ante ninguna

autoridad, lo que ha provocado que sea nulo, infringiendo consecuentemente lo que dispone el artículo 216 numeral 3 del Código de Trabajo.

- Determinar si se ha producido una falta de aplicación del artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, al haber analizado una excepción de "incompetencia del juzgador", que jamás se solicitó.
- Observar si se ha incurrido en una falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, al no enunciar los fundamentos legales o constitucionales que condujeron a la resolución adoptada, esto es establecer la existencia de la excepción de prescripción, sin considerar la **resolución de la Corte Suprema publicada en el Registro Oficial 233 de 14 de julio de1989, referente a la** imprescriptibilidad del derecho a la jubilación.

OCTAVO.
ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS:

Para el análisis de los fundamentos del recurso de casación, este tribunal empezará por el caso que reviste, por su trascendencia, mayor importancia, esto es el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

Este caso se configura por los siguientes vicios: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, que hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

Las causas de nulidad procesal se encuentran determinadas en el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, siendo estas: *"1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto".* En este sentido, tal disposición, condiciona la declaratoria de nulidad específicamente a los casos en que la ley así lo ordene. Encontrándonos en este caso ante un régimen legal de nulidades. Debiendo precisar también, que en nuestro ordenamiento jurídico las nulidades no son exclusivas de la infracción de normas procedimentales previstas en la ley, sino y sobre todo de la Constitución de la República. Lo dicho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 *ibídem,* que determina las garantías del derecho a la defensa en todo proceso judicial, cuya violación o inobservancia deriva en indefensión, cuestión esta última que esencialmente trae como consecuencia la declaratoria de nulidad. Es decir, también existe un régimen constitucional de las nulidades.

Los juzgadores al examinar las formas procesales y la validez de la causa, deben remitirse al régimen legal de nulidades del Código Orgánico General de Procesos. Pero sobre todo procurarán no obviar la efectiva aplicación del derecho a la defensa y debido proceso en toda la sustanciación del juicio observando el régimen constitucional. Para esto, deberán advertir toda actuación u omisión que ocasione indefensión en perjuicio de cualquiera de las partes. Valiéndose además del ordenamiento jurídico en su contexto con el fin de determinar si ante vicios procedimentales es estrictamente necesario declarar la nulidad de lo actuado.

Sobre la base del libelo casacional y la fundamentación oral del recurso de casación y la contradicción realizada en el proceso, se tiene que la inconformidad de la parte actora bajo esta causal, se centra en:

Determinar, si en la sentencia recurrida se ha producido una aplicación indebida del artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, al haber aceptado la excepción de prescripción, conforme el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos; cuando el tribunal ad quem no realiza el análisis propio de tribunal de apelación, respecto de la decisión de primera instancia.

Al respecto se analiza:

1.El artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, establece: "*Resolución de excepciones. Se resolverán conforme con las siguientes reglas: 1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.",* norma que regula el procedimiento que deben dar los juzgadores al

aceptar una excepción no subsanable en el proceso. En este sentido y bajo la pretensión expuesta, es necesario remitirnos enestricto a las sentencias de primera y segunda instancia, que en parte pertinente, cada una, señala:

Primera Instancia:

"6.3.).Prescripción. Respecto de la excepción de Prescripción de la acción la Defensa Técnica de la parte demandada Ab. Henry Augusto Chávez Lindao, en calidad de Procurador Judicial del accionado Xavier Enrique Marcos Stagg, en calidad de representante legal de la compañía Sociedad Agrícola San Carlos S.A, expuso que el derecho a la jubilación es imprescriptible, sin embargo en la presente causa la pretensión es la reliquidación de la pensión jubilar, reclamo que no afecta el derecho mismo de la jubilación, por lo tanto esta acción si es prescriptible. Asimismo la Defensa Técnica de la parte actora manifestó que no procede la excepción de prescripción opuesta por cuanto el acta transaccional no constituye jubilación patronal, por lo tanto este juicio no es una reliquidación de pensión jubilar, sino una liquidación de jubilación patronal, la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de fecha 05 de julio de 1989, publicada en el Registro Oficial 233 de 14 de julio del mismo año, determina que es imprescriptible el derecho del trabajador que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continua o interrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal, el derecho se mantiene vigente.6.3.1). De acuerdo a nuestro Código Civil, en su artículo 2392, la 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. Asimismo, el Art. 2393 del cuerpo legal antes enunciado se determina "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El Juez no puede declararla de oficio." Doctrinariamente, el fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho por no habérselo ejercitado oportunamente, pues la facultad del titular no puede ser indefinida en el tiempo, por lo que era preciso que se señale un plazo para que la exteriorice y se la haga valer con las fórmulas legales, y las obligaciones como todo vínculo jurídico, nacen, tienen vida y mueren, esto es, se extinguen por algunos de los medios legales, entre ellos la Prescripción. (…) Con las aclaraciones expuestas queda demostrado que conforme pondera de folios 64 del Acta Transaccional de Jubilación Patronal, el accionante ha recibido un fondo global, con fecha de celebración 04 de marzo del 2011, y su debido reconocimiento de firmas ante notario el 26 de mayo del 2011, hasta la fecha de la última citación por boleta al demandado el 21 de agosto del 2019, conforme Acta de citación (fs. 62), dando cumpliendo con el artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos, se coligen que han transcurrido 8 AÑOS, 2 MESES y 25 DIAS, tiempo por demás en exceso de lo determinado en el Art. 635 del Código de Trabajo que dice: "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". Por lo expuesto se acoge la excepción de Prescripción de la acción, prevista en el numeral 6 del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos (…)"

Del mismo modo, se verifica ahora, lo establecido en la sentencia de ***segunda instancia***, que en lo atinente, dice:

"iii. El actor ha pretendido, a través de la demanda, reclamar nulidad del Acta Transaccional manifestando que es NULA de NULIDAD ABSOLUTA (fojas 55 y vuelta), por haberse suscrito sin las solemnidades que la ley prevé para tales actos; ***sin embargo, al haber acogido el Juez A quo las excepciones previas en la audiencia única, este Tribunal de Alzada está impedido de realizar análisis jurídico sobre tal hecho; toda vez, que el art. 295, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos establece que: "Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo…", en concordancia con el art.***

333, numeral 4, ibídem, que señala el procedimiento de la audiencia en juicio sumario, en donde, justamente en la primera fase se resuelven las excepciones planteadas*, como ocurrió en el presente caso examine. iv. La citación a los demandados, 8 AÑOS, 2 MESES y 25 DÍAS, posterior a la firma del Acta Transaccional de pago de fondo global, no interrumpió la prescripción por cuanto, habían transcurrido en exceso el tiempo que la ley determina para este tipo de juicio (art. 635 del Código del Trabajo). No se puede desconocer la seguridad jurídica que nace de una norma preexistente, pilar fundamental de la Justicia en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, adicionalmente, ninguna norma faculta a suspender la prescripción por interpretaciones ajenas a lo que señala la norma, porque justamente la prescripción regula la pérdida de un derecho a consecuencia de la desidia o inacción de su titular y, por del transcurso del tiempo, ya que por mandato del principio de seguridad jurídica, las obligaciones o derechos no pueden extenderse de forma indefinida*." (Lo resaltado es del tribunal).

2. Con esta precisión, se observa que, el juzgador de primer nivel al emitir su sentencia, aplica lo que disponen los artículos 333 numeral 4 y 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, en virtud de que ha declarado sin lugar la demandada presentada, al haber aceptado la excepción de prescripción de la acción y la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, conforme el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos. Por su parte, los jueces del tribunal ad quem al emitir su fallo, expresan: "(…) *al haber acogido el Juez A quo las excepciones previas en la audiencia única, este Tribunal de Alzada está impedido de realizar análisis jurídico sobre tal hecho",* y se concretan en observar el análisis efectuado por el juez de origen, en virtud de las normas expuestas, confirmando la decisión emitida por el juez a quo; proceder que para este tribunal de casación supone un impedimento en el ejercicio del derecho a la defensa del actor, dado que en estricto apego a la ley, ha ejercido su derecho de impugnación presentando su recurso de apelación a la decisión del juez inferior, y los juzgadores *ad quem* debieron, obligatoriamente, efectuar su propio análisis, en el marco de la apelación presentada, la cual, sin bien argumenta antecedentes de las pretensiones que ha expuesto en la demanda, estas se centran en la inconformidad del accionante al haberse aceptado las excepciones de prescripción de la acción y de existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación; y en ese sentido el recurso de apelación expresa: *"Por lo expuesto, usted señor juez erró al aceptar la excepción previa de existencia de convenio, ya que no se trata de "cualquier" convenio, sino de aquel que no contravenga disposiciones legales ni constitucionales; y, el acta a que usted hace referencia, presentada por la parte demanda contraviene estas normas como ya se ha analizado"; "En cuanto a la segunda excepción previa, esto es la de prescripción de la acción, igualmente usted hace una afirmación desafortunada al decir que en esta causa la pretensión es la reliquidación de la pensión jubilar. No existe tal pretensión en la demanda y ni siquiera se puede concluir indirectamente de la formulación de ésta, puesto que lo que se pide es la liquidación de la jubilación." "Los cálculos de fechas que usted hace en su sentencia aduciendo que del 4 de marzo del 2011 hasta la fecha de la última citación el 26 de mayo del 2011, han transcurrido más de tres años y por tanto ha prescrito la acción, no tiene asidero legal alguno, y son inaplicables, por cuanto, reitero, el derecho de jubilación es imprescriptible".* No podría centrarse en otro punto más su apelación, dado que no se ha desarrollado el proceso, entendiéndose de este modo que, la apelación radica en la inconformidad con la decisión del juez de primer nivel, al haber aceptado las excepciones planteadas.

Nótese que el actor refiere en su recurso de apelación que: *"Con todo lo expuesto, fundamento mi apelación manifestada oralmente en audiencia única y solicito que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia revoque su sentencia, en base a todas las argumentaciones que se han planteada, y declare la nulidad de la misma, a fin de que, el proceso se retrotraiga a la fase en que empezó la audiencia, y que cada una de las partes podamos producir las pruebas que tenemos para demostrar nuestros asertos"; "La nulidad debe ser declarada por los jueces de segundo nivel, por cuanto se ha vulnerado lo establecido en el artículo 76, numeral 7, literal de la Constitución de la República, sobre la motivación de la sentencia (…)"*

SIC, la sentencia emitida por los jueces ad quem, debió efectuarse en base al ejercicio de motivación, explicando en su análisis si fueron aceptadas y declaradas correctamente esas excepciones, dada la inconformidad que el actor evidencia en su recurso de apelación.

Es importante recalcar que la facultad de las partes procesales de recurrir ante un fallo permite contar con la posibilidad de obtener de tribunales superiores, sentencias que aprecien por segunda ocasión aquellos elementos resueltos en una judicatura de primera instancia, y a partir de aquello, confirmen o revoquen aquella decisión.

Los tratadistas Montero Aroca y Flors Matíes, al respecto señalan: *"(…) la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen (…)"*[1]. en este mismo ámbito, José Garberí Llobregat, indica: *"(…) El hecho de que el recurso de apelación, debido a su carácter ordinario (y porque a través del mismo se posibilita la consecución de una verdadera segunda instancia), permita al órgano judicial funcionalmente competente para resolverlo, no solo un control y depuración sobre la aplicación del ordenamiento jurídico llevada a cabo por el tribunal a quo, sino también un nuevo examen y valoración de los resultados probatorios producidos con la práctica de la prueba en la primera instancia, es un axioma que ha de quedar fuera de toda duda. Piense el lector que si así no fuera, ni el recurso de apelación merecería el calificativo de recurso ordinario (pues estarían limitados los motivos de oposición a la sola esfera de las infracciones al ordenamiento positivo). (…)Un amplio sector de la jurisprudencia, de forma y manera inequívoca, así lo ha declarado, al considerar que la interposición del recurso de apelación sitúa al órgano ad quem en una posición análoga a la que se encontraba el órgano a quo a la hora de afrontar la resolución definitiva de la controversia, lo que hace posible que aquél pueda desplegar sus potestades revisoras a cualesquiera extremis del enjuiciamiento recaído en la primera instancia que las partes, a través de la alegación de los diferentes motivos de oposición dirigidos contra la decisión apelada hayan podido trasladar a su conocimiento (…)"*[2].

La Corte Constitucional, refiriéndose a la importancia que reviste el debido proceso derecho a la defensa, ha manifestado:

" (…)Esta Corte ha sabido señalar además que el derecho a recurrir del fallo o resolución ante el juez o tribunal superior es una garantía primordial en la estructura del debido proceso, la cual se deriva del derecho de defensa del recurrente, no se restringe a otorgarle posibilidades reales de refutación de la acusación, ***sino que también la posibilidad de impugnar los vicios y errores de la resolución o sentencia de primera instancia, a efectos de que esta sea revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, capaces de dotar de un recurso que garantice un examen integral de la decisión recurrida, más allá de meras cuestiones de legalidad, ejecutando una fiscalización exhaustiva y no limitada de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.*** *(…)"*[3]

"(…) Este es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades, en todas las instancias judiciales. ***Así, el derecho a la defensa constituye a su vez una garantía del hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal ya sea contradiciendo los argumentos de hecho y de derecho alegados por la parte contraria o cualquier otro medio para desarrollar su defensa de forma consistente con las garantías establecidas en la***

[1] Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, Tratado de recursos en el Proceso Civil (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 38.
[2] José Garberí Llobregat, El recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Barcelona; Bosch, 2014). 78
[3] Sentencia Corte Constitucional del Ecuador CasoN.° 223011EP

> ***Norma Suprema**. En este sentido, es obligación de todos los operadores de justicia aplicar las garantías básicas del debido proceso y específicamente, tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de derechos constitucionales (…)"*[4]

Por lo dicho, debe entenderse que el recurso de apelación constituye un medio de impugnación, pues al momento en que se hace efectiva ésta, el órgano jerárquicamente superior, debe resolver las impugnaciones planteadas contra esa decisión, en pro del derecho a la defensa de las partes, conforme el artículo 76 numeral 7 letra m), y en atención al artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala: *"La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes".*

Por lo que, ante la anomalía detectada en el proceso, que ha provocado indefensión en contra del accionante (trabajador) al no haber resuelto conforme a la ley el recurso de apelación del actor, recurso de suma importancia para este proceso, se vulnera de este modo el debido proceso y la seguridad jurídica consagrados en los artículos 76 numeral 7 letra m) y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; se acepta el cargo alegado por el recurrente bajo el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Consecuentemente se declara la nulidad del proceso, desde el momento en que se configuró dicha transgresión, esto es desde la audiencia de apelación, que deberá ser nuevamente tramitada para que en la misma se resuelva sobre las excepciones previas analizadas y aceptadas en primera instancia.

En cuanto a los demás problemas jurídicos planteados, resulta inoficioso su análisis, en virtud de que se ha configurado el cargo de nulidad procesal al amparo del caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Por los razonamientos antes expuestos, 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 emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas, el 10 de enero del 2020, las 11h51, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 273 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, declara la nulidad a partir de la audiencia de apelación, quedando el estado de la causa para que se fije nuevo día y hora para que se lleve a efecto la audiencia en referencia y en ella se resuelva sobre las excepciones previas analizadas y aceptadas en la primera instancia. Esta nulidad se la declara con costas a cargo de los jueces del tribunal ad quem que la causaron. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL; Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

[4] Sentencia Corte Constitucional – Caso No. 11714SEPCC

IV

Juicio Nro. *09359-2019-01177*
Resolución Nro. *308-2021*
Fecha: *jueves 30 de septiembre del 2021, las 15h42*

TEMA: Valoración conjunta de la prueba.

ASUNTO

La parte actora presenta su demanda impugnando la resolución del Inspector del Trabajo de Guayas, que concedió la petición de visto bueno presentada por la empresa empleadora, por la causal de atrasos o inasistencia al lugar de trabajo, prevista en el artículo 172.1 del Código del Trabajado, requiriendo que, mediante sentencia, sea condenada al pago de los rubros por despido intempestivo. En la causa se evalúa la valoración de la prueba, que debe ser considerada en su conjunto y no de manera aislada.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

En su resolución, el juez desestima la demanda, pues consideró que el actor no desvirtuó los cargos por los que se concedió el visto bueno, esto es, su inasistencia injustificada al lugar de trabajo por tres días consecutivos, conforme quedó demostrado en el trámite de visto bueno ante la Inspectoría del Trabajo.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en su sentencia de 29 de noviembre de 2019, en virtud del recurso de apelación propuesto por la parte actora, considera que, de acuerdo a los hechos probados, se puede claramente establecer que, en efecto, los días de inasistencia del trabajador corresponden al lunes 24, martes 25 y miércoles 26 de septiembre de 2018, de allí que no se han cumplido los presupuestos para que proceda la autorización para terminar la relación laboral constante en la resolución administrativa dictada por la Inspectora de Trabajo del Guayas, ya que para que esta proceda es necesario que la inasistencia sea superior a tres días. Por tal razón, se revoca el fallo de primera instancia y se acepta la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019- 01177

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 30 de septiembre del 2021, las 15h42.
VISTOS ANTECEDENTES.
a) Relación de la causa impugnada: En el juicio laboral seguido por GALO JAIRO CHANCAY PINARGOTE en contra de TRANSESPOL EP en la interpuesta persona del Ing. FRANCISCO XAVIER MOYANO MOSCOSO, por los derechos que representa en su calidad de Gerente General, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 29 de noviembre de 2019, las 15h27 y resolvió: "[…] en los términos de este fallo, acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el accionante, y por ende REVOCA la sentencia recurrida, disponiéndose el pago de la siguiente liquidación: Por Despido Intempestivo: $7,595.64; Por Desahucio: $1,740.67. Lo que da un total de $9,336.31 (NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS con 31/100

dólares de los Estados Unidos de América), que deberá pagar TRANSESPOL EP en la interpuesta persona de su gerente general, Ing. FRANCISCO XAVIER MOYANO MOSCOSO o quien hiciere sus veces, al actor de esta causa, señor GALO JAIRO CHANCAY PINARGOTE. Sin honorarios que regular en esta instancia […]".

Inconforme con esta decisión, el señor Xavier Francisco Moyano Moscoso, Gerente General de la empresa pública TRANSESPOL EP parte demandada en la presente causa interpone recurso de casación por el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, en auto de fecha 12 de agosto de 2020, las 08h32, se dispone que la parte recurrente: "[…] En atención al caso cuarto que ha servido de base para la proposición de su recurso, aclare cuáles son los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la 159865769-DFE prueba que considera lesionados y a los que les ha atribuido el cargo de "errónea interpretación", una vez realizado, deberá cotejar dichas disposiciones en conjunto con el vicio alegado, para poder evidenciar su injerencia en la decisión de la causa; esto por cuanto a lo largo de su fundamentación en algunos acápites de su recurso menciona la existencia de "errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba", pero sin precisar norma alguna que rija la apreciación de los medios probatorios. Se le advierte además, que únicamente se le concede en este auto la oportunidad de completar y aclarar su recurso respecto del caso enunciado y de ninguna forma se le permite reformar su recurso invocando casos distintos a los que sirvieron de base en su recurso […]"; hecho lo cual, en auto de 15 de septiembre del 2020, las 08h10, se manifiesta: "[…] se admite a trámite el recurso de casación propuesto […]", correspondiendo a este tribunal "[…] entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión para pronunciarse respecto de la procedencia o no del recurso de casación presentado […]" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 03114SEPCC publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 222, de 9 de abril de 2014), y para hacerlo se considera:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; inciso quinto del artículo 183, numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

Según obra del acta de sorteo de 16 de septiembre de 2021, la competencia para conocer este proceso correspondió al tribunal conformado por: Dra. Consuelo Heredia Yerovi (Ponente), Dr. Alejandro Arteaga García; y, Dra. Katerine Muñoz Subía Jueces laborales de la Corte Nacional de Justicia. Todo ello de conformidad con la resolución No. 022021 de 05 de febrero de 2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas; y la resolución No.042021 De 19 de febrero de 2021 que trata sobre la distribución de las causas.

SEGUNDO:

VALIDEZ PROCESAL. No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO:

ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el día jueves 23 de septiembre de 2021, a las 09h00; escuchada la fundamentación presentada por la demandada recurrente, ante la ausencia de la parte actora a la audiencia de casación, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 del Código Orgánico General de Procesos; y, en base a las disposiciones legales pertinentes, se procede a emitir la resolución escrita en los términos siguientes:

CUARTO:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.1. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "[…] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los

particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de […] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio […]" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221). A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarrea implícitamente el segundo, sin embargo, el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

4.2. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA MOTIVACIÓN

AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, 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 inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución. En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa legal y en principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen por qué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o por qué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: "[…] el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento […]" (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad. "[…] 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 […]" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007). La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: "[…] Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales.

La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto […]" (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 07515SEPCC, 2015, pág. 8).

Por otra parte, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan sindéresis y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales y leyes existentes, que genere seguridad y certeza a las partes.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

QUINTO:

CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CUARTO:

"[…] 4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto […]". Para la procedencia de este caso, que en doctrina se lo conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma de valoración de la prueba que a criterio de 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 transgresión; d) la violación 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 precepto de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material.

Al invocarlo, el recurrente debe justificar la existencia de dos transgresiones, la primera de una norma contentiva de un precepto de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido trasgredida 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 este sentido y una vez que ha precluido la fase de admisibilidad del recurso de casación, en atención a lo manifestado por la Corte Constitucional: "[…] los jueces casacionales, durante la fase de admisión, ya efectuaron una verificación del cumplimiento con los requisitos establecidos en la norma constitucional, de tal forma que no cabe que en sentencia nuevamente se pronuncien sobre aspectos de forma, negándose a conocer el fondo del asunto controvertido, pues una vez admitido a trámite el recurso deben resolver sobre las pretensiones del recurrente, garantizando así una adecuada tutela judicial[…]". (Sentencia de la Corte Constitucional No. 30715SEPCC, caso No. 013313EP); corresponde a este Tribunal pronunciarse en relación a las alegaciones realizadas por el recurrente, advirtiendo lo siguiente:

5.1. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL CASO CUARTO.

El recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la parte casacionista, al efecto considera que existe infracción de los siguientes artículos: 76 numeral 1, 82 de la Constitución de la República del Ecuador; numeral 1 del artículo 172, 621, 183 segundo inciso del Código del Trabajo; y, artículo 164 segundo y tercer inciso del Código Orgánico General de Procesos.

5.2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los cuestionamientos vertidos por la parte recurrente, el principal problema jurídico a dilucidar bajo el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, es:
- Determinar si el tribunal *ad quem* incurrió en la transgresión de los artículos 183 y 621 del Código del Trabajo así como el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, al no valorar todas las pruebas aportadas al proceso y considerar únicamente el expediente de visto bueno agregado por la parte actora, lo que ha conllevado a la falta de aplicación del numeral primero del artículo 172 del Código del Trabajo y, a la indebida declaratoria del despido intempestivo.

5.3.EXAMEN DEL CARGO:

A fin de dilucidar si los cargos formulados tienen sustento jurídico, y teniendo en cuenta que el recurso de casación es "[…] un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infringido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o de ambas cosas a la vez […]" (Martínez Escobar, La Casación en lo Civil, 1936, pág. 1), y en razón del principio dispositivo al cual se refiere la Constitución de la República del Ecuador en el numeral sexto del artículo 168 "[…] 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 […]". Entendiendo este principio como la limitación de las actuaciones de los juzgadores al impulso procesal de las partes, que, en materia de casación, se traduce en la restricción de las acusaciones formuladas en los términos expuestos en el respectivo recurso,

las cuales, además de contener los requisitos indispensables exigidos por ley, deberán cumplir con el tecnicismo específico requerido para cada una de las causales invocadas, en razón de lo cual, este tribunal considera lo siguiente: Con base en el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el casacionista acusa en la fundamentación del recurso de casación que existe errónea interpretación de los artículos 183 y 621 del Código del Trabajo y artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, por lo siguiente: "[…] primer precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que se considera lesionado y al que se le ha atribuido el cargo de "errónea interpretación" […] es el INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 183 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO […] queda claro que la Sala debía considerar al Visto Bueno como un informe y apreciarlo con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio […] el sentido que le da la Sala al precepto es el que BASTA con que se valore el Visto Bueno y NO a las demás pruebas rendidas en el juico. Es decir, la Sala simplemente consideró que si el Visto Bueno era ineficaz e invalido, automáticamente podía dictar sentencia declarando despido intempestivo, lo cual es grave y lesiona el precepto jurídico señalado pues bajo ese sentido equivocado la Sala en lugar de considerarlo como un mero informe le da la categoría de única prueba y deja SIN APRECIAR LAS DEMÁS PRUEBAS. Al errar de esta manera la Sala, interpretando que como si la sola ineficacia del Visto Bueno permitiera sentenciar automáticamente a favor del actor, evidencia completamente una injerencia en la decisión de la causa, pues si hubiese interpretado correctamente el precepto, esto es, observando que el verdadero sentido del precepto tiene el alcance de que se aprecien las demás pruebas aportadas en el juicio, la decisión hubiese sido diferente y le hubiese dado la razón al demandado. Dicho de otro modo, sin el yerro de la Sala, la interpretación correcta debía ser apreciar todas las pruebas, no solo el Visto Bueno, de tal forma que se hubiese dado cuenta de que había que aplicar el numeral 1 del artículo 172 del Código del Trabajo. Por lo tanto, la norma de derecho sustantivo que no se aplicó en la sentencia, conducido por el yerro en la interpretación de la Sala, es dicho numeral 1 de 172 del Código del Trabajo […] El segundo precepto jurídico que se ha mencionado en el recurso y que ha sido lesionado por estar erróneamente interpretado es el ARTÍCULO 164 SEGUNDO INCISO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS […] Al errar de esta manera la Sala, interpretando como si la ineficacia del Visto Bueno era lo único que debía apreciar para resolver, evidencia completamente una injerencia en la decisión de la causa, pues si hubiese interpretado correctamente el precepto, esto es, observando que el verdadero sentido del precepto tiene el alcance de que se deben apreciar todas las pruebas aportadas al juicio y que impliquen un conjunto, la decisión hubiese sido diferente y le hubiese dado la razón al demandado. […] El tercer precepto jurídico que se ha mencionado en el recurso y que ha sido lesionado por estar erróneamente interpretado es el ARTÍCULO 621 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO […] La Sala interpreta erróneamente este precepto jurídico porque le da el sentido de que para el otorgamiento de un Visto Bueno, el Inspector solamente toma en cuenta la solicitud de visto bueno y algún documento adicional específico, cuando la interpretación correcta es que el Inspector realiza una INVESTIGACIÓN, para luego resolver según los datos (que viene a ser lo mismo que las pruebas) y motivos (la motivación determina desde la propia Constitución) en que se funde. Al errar de esta manera la Sala, interpretando como si lo único que toma en cuenta el Inspector es la solicitud y algún documento especifico en el trámite de Visto Bueno, evidencia completamente una injerencia en la decisión de la causa, pues si hubiese interpretado correctamente el precepto, esto es, si la Sala observaba que el verdadero sentido del precepto tiene el alcalde de que se aprecie no solo la solicitud y algún otro documento especifico sino toda la investigación que realiza el Inspector y que lo lleva a una resolución motivada, la decisión hubiese sido diferente y le hubiese dado la razón al demandado. Dicho de otro modo, sin el yerro de la Sala, la interpretación correcta debía ser apreciar todo lo ocurrido en el trámite del Visto Bueno, de tal forma que se hubiese dado cuenta de que dicho Visto Bueno si es eficaz y que debía aplicar el numeral 1 del artículo 172 del Código del Trabajo […]". Además, "[…] debían considerar al Visto Bueno como un informe y apreciarlo con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio […] la Sala en lugar de considerarlo como un mero informe le da la categoría de única prueba y deja SIN APRECIAR LAS DEMÁS PRUEBAS […]"

Al respecto, los artículos 183 y 621 del Código del Trabajo y segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos atacados por errónea interpretación disponen en su orden: "[…] Calificación del visto bueno. En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser calificadas por el inspector del trabajo, quien concederá o negará su visto bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el capítulo "Del Procedimiento". La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio [….]"; "[…] Solicitud de visto bueno. El inspector que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo por alguno de los motivos determinados en los artículos 172 y 173 de este Código, notificará al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste. Con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y dictará su resolución dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno. En la resolución deberá constar los datos y motivos en que se funde [….]"; y, "[…] La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos[….]".

Revisadas las pretensiones de la parte accionada en su recurso de casación, así como la sentencia impugnada, este Tribunal de Casación considera que al referirse a la apreciación de la prueba, el Código Orgánico General de Procesos, en el inciso segundo del artículo164 determina: "[…] La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos […]";norma que contiene la obligación del juez de apreciar todas las pruebas que se han actuado en el proceso y que le han servido para justificar la decisión, es decir, no en forma aislada sino en su conjunto: "[…] La apreciación conjunta de la prueba – expresa TOBOADA ROCA es aquella actividad que realiza el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios suministrados por los litigantes, y en virtud de cuya operación llega al convencimiento de que son ciertas algunas de las respectivas alegaciones fácticas de aquéllas en las que basan sus pretensiones o defensas, o no logra adquirir ese convencimiento necesario para fundamentar su fallo estimatorio de ellas. Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los juzgadores de instancia muy frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, si atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico de compuesto integrado por elementos disímiles […] (Humberto Murcia Ballen. Recurso de Casación Civil, sexta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas. Págs. 409, 410); "[…] La no apreciación de pruebas en conjunto, o la equivocada apreciación que de la unión de ellas haga el sentenciador, estructura error de derecho […]" (Murcia Ballen, ob. cit. pág. 412). "[…] Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponde, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una "masa de pruebas", según la expresión de los juristas ingleses y norteamericano. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir "el tejido probatorio que surge de la investigación", agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pensando su valor intrínseco y, si existe luego analizarlas comparativamente, pensando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y los hechos que en ellos se contienen […]". (Hernando Devis Echandia, Teoría General de la Prueba Judicial, T.I, Bogotá, Temis, 2002, pág. 290). El juez debe entonces observar las solemnidades prescritas en la ley procesal para la existencia o validez de ciertos actos y expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, mismas que deben ser apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica que constituyen el juicio razonado que sobre los hechos, asume el juzgador, a través de la apreciación y valoración de las pruebas, de la

exégesis de la ley, del uso de su experiencia, de las reglas de la lógica, de los principios de la ciencia y de la justicia universal; precepto que el profesor uruguayo Eduardo Couture lo señala como: "[…] 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 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 certero y eficaz razonamiento […]" (Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Editorial B de F., cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221222). En este contexto, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala que le está vedado volver a valorar la prueba actuada, misma que es una facultad propia de los jueces de instancia y lo ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia N.° 02814SEPCC que resuelve el caso N.° 192612EP; destacando que: "[…] esta Corte reitera que en el recurso de casación está prohibido actuar prueba o admitir incidentes, pues al hacerlo se desconocería la naturaleza jurídica propia de dicho recurso, que es realizar un análisis de la sentencia frente a la ley, lo que implica que no se puede discutir acerca de las pretensiones que originaron el litigio que produjo aquella sentencia […]". Sin embargo, la ley atribuye al Tribunal de Casación, la posibilidad de examinar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de prueba, a fin de verificar que no exista trasgresión en la aplicación de los preceptos jurídicos que gobiernan la actividad valorativa, cimentando su resolución en pruebas no actuadas, contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquella prueba que no la tiene; como indica Fernando De la Rúa, el órgano casacional no puede inmiscuirse en la valoración de las pruebas que hace el juzgador "[…] sólo puede controlar si son válidas (control de legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (control de logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación […]" (De la Rúa, El recurso de casación en el derecho positivo, pág. 153). Por lo cual, este Tribunal de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia procede a revisar si en el proceso de valoración probatoria efectuado por el tribunal *ad quem* se ha incurrido en las transgresiones alegadas.

Así, se observa que en el considerando DUODÉCIMO del fallo de segundo nivel, el Tribunal de alzada realiza un análisis, estableciendo la valoración probatoria que les llevó a concluir que el visto bueno solicitado por el empleador e impugnado en sede judicial fue ilegal, mismo que se contrae a: "[…] la indemnización por despido intempestivo que señala el Art. 188 y la bonificación establecida en el Art. 185 ambos del Código de Trabajo. Ante las pretensiones del accionante, la empresa accionada a través de su representante legal, también demandado, al contestar la demanda, niega dicha pretensión, pues señala que la relación laboral concluyó por la autorización de la Inspectora de Trabajo, Ab. María Yuz Valencia, al aceptar la solicitud de visto bueno propuesta en contra del trabajador, al amparo de la causal 1ª del Art. 172 del Código de Trabajo, de ahí que a su criterio, al actor no le asiste el pago de dichos rubros. Por lo tanto corresponde analizar la eficacia del Visto Bueno en contra del trabajador, por ello, lo allí actuado debe ser sometido al cumplimiento de los principios de la Verdad Procesal, Tutela Judicial Efectiva, Seguridad Jurídica, las garantías básicas del debido proceso […] por lo que la Sala realiza las siguientes puntualizaciones: a) Conforme se desprende de la copia certificada del expediente íntegro del visto bueno No. 2748452018, obrante de fs. 3 a 76, que siguió la entidad accionada en contra de la hoy demandante, por abandono de trabajo, trámite en el cual con fecha 12 de febrero del 2019, las 14h42, se han concedido las pretensiones de la parte empleadora, por considerar la Inspectora de Trabajo,

Abg. María Yuz Valencia, que la conducta del hoy accionante se había enmarcado en los preceptos del numeral 1 del Art. 172 del Código del Trabajo (fs. 71 a 74) […] se evidencia que el referido trámite ha sido además de inconstitucional, totalmente ilegal, pues la solicitud de visto bueno propuesta por Paola Vanessa Guevara Guevara, por los derechos que representa de la compañía TRANSESPOL EP, en su calidad de Gerente General subrogante, de la citada empresa, misma que obra de fs. 7 a 9 del expediente ampara su petición en los dispuesto en el numeral 1 del Art. 172 del Código de Trabajo […] si observamos en la determinación de los hechos: "…2. El día 27 de septiembre del 2018, mediante Memorando No. EPTTHH1082018, la señora Katherine Quiroga, Asistente de Talento Humano, me informa que el señor Galo Jairo Chancay Pinargote, no ha asistido a sus labores durante más de 3 días inclusive, para lo cual me adjunta la documentación de soporte correspondiente. 3. Por su parte, el señor Juan Pablo Flores, auxiliar de transporte y como tal responsable de organizar las labores cotidianas del señor Galo Jair Chancay Pinargote, informa mediante oficio s/n del 27 de septiembre del 2018, que debió realizar una serie de cambios en la programación establecida, debido a la inasistencia de aquel durante los días lunes 24, martes 24 y miércoles 26, todos del presente mes de septiembre del 2018…". Adjuntando a la solicitud propuesta la comunicación suscrita por el señor Juan Pablo Flores (fs. 23), y el referido Memorando No. TRANSESPOL EPTTHH1082018 de fecha Septiembre del 218, que obra de fs. 25, así como el Reporte General de Asistencia que obra de fs. 27. En las tres piezas procesales incorporadas al expediente se puede claramente establecer que en efecto los días de inasistencia del trabajador corresponden a los días lunes 24, martes 25 y miércoles 26 de septiembre del 2018; b.4) De ahí que aplicando el principio de legalidad contemplado en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República, en concordancia con el numeral 1 del Art. 172 del Código de Trabajo, NO SE HAN CUMPLIDO LOS PRESUPUESTOS para que proceda la autorización para terminar la relación laboral constante en la resolución administrativa dictada por la Ab. María Yuz Valencia, Inspectora de Trabajo del Guayas, que obra de fs. 71 a 74 y de fs. 135 a 137 de los autos, ya que para que esta proceda es necesario que la inasistencia sea superior a tres días, cito: 1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos,…siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor; b.5) Y dado que en el presente caso, la prueba que se presentó para sustentar la pretensión de la ex empleadora señala las faltas repetidas únicamente por tres días, con lo que se incumple lo determinado en la norma citada […] Por ende este Tribunal bajo el principio de obligatoriedad de Administrar Justicia previsto en el Art. 172 de la Constitución de la República y en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que ha existido violación del debido proceso, declarándose la ineficacia jurídica del Visto Bueno en contra del hoy actor […] por ello se otorga al accionante el derecho a percibir la indemnización establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo y bonificación del Art. 185 ibídem […]".

De lo manifestado se colige que, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ordenan el pago del despido intempestivo alegado por la parte actora, conforme lo dispone el artículo 188 del Código del Trabajo, pues a su decir, conforme se desprende de la copia certificada del expediente íntegro del Visto Bueno No. 2748452018, obrante de fs. 3 a 76 del expediente, y de 3 documentos procesales aparejados a este, tales como: i) Memorando No. TRANSESPOL EPTTHH1082018 de fecha Septiembre del 218 (fj. 25), ii) oficio s/n del 27 de septiembre del 2018 (fj. 23); y, iii) Reporte General de Asistencia (fs. 27); se manifestó que no existe constancia procesal suficiente para que proceda la autorización para terminar la relación laboral bajo la causal determinada en el numeral 1 del artículo 172 del Código del Trabajo, ya que para que esto proceda era necesario que la inasistencia sea superior a tres días tal como lo indica la norma "[…] por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor […]".

En este sentido, este tribunal observa que en la sentencia materia de casación, no se han valorado las pruebas actuadas por la parte demandada, a pesar de que en el ejercicio del derecho a la defensa, anunció y practicó en legal y debida forma aquellas, esto es: "[…] Original del Oficio del 19 de diciembre del 2018 suscrito por el señor Galo Chancay Pinargote y que adjunta sentencia recaída

en su contra del Juicio No. 09266201800607, que prueba que estuvo detenido o preso durante muchos más de 3 días seguidos, producto de una contravención de tránsito, de que es parte de su propia exposición en la demanda. B) Declaración de parte rendida bajo juramento del señor Xavier Francisco Moyano Moscoso, por los derechos que representa de la empresa pública TRANSESPOL EP, en su calidad de Gerente General, con lo que se afirma que el exempleado falto mucho más de 3 días […]", lo cual ha provocado la transgresión del segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, ya que era obligación de los jueces valorar en su conjunto la prueba actuada, expresando el por qué se acogen determinadas pruebas y se desechan otras; y, analizando el valor de todas ellas para llegar a establecer si existió o no causa legal para dar fin a la relación laboral, en este sentido, son procedentes los yerros acusados por la parte accionada al amparo del caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se acepta el cargo acusado, y en los términos fijados en el artículo 273 ibídem , se dicta lo que sigue:

SEXTO:

SENTENCIA DE MÉRITO.

De este modo, trabada la litis en lo que respecta a la impugnación del trámite de Visto Bueno y su correspondiente resolución dictada dentro del expediente administrativo No. 2748452018; este tribunal de casación para analizar las acusaciones señaladas, realiza las siguientes puntualizaciones: 1.En nuestra legislación laboral, el artículo 169 establece las causas de orden legal para la terminación del contrato individual de trabajo; estableciendo entre ellas las constantes en los numerales 7 y 8 de esta norma, referentes a que esta puede darse por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 del Código de Trabajo o por voluntad del trabajador según el artículo 173 ibídem; a través del trámite de visto bueno mismo que se halla establecido en el artículo 621 ejusdem; y, en el caso de que la solicitud de visto bueno sea por parte del empleador, para que este se lleve a efecto con suspensión de relaciones laborales de la parte trabajadora, se ha de estar a lo previsto en el artículo 622 ibídem. 2.En relación al Visto Bueno, el Dr. Aníbal Guzmán Lara sostiene: "[…] Es una diligencia de carácter administrativo que se realiza ante el inspector de trabajo previa petición del patrono o trabajador, con el fin de dar término a los contratos individuales de trabajo, en los casos expresamente determinados en los Arts. 133 y 134 del C. del T. esta diligencia equivale a una permisión para romper el vínculo jurídico contractual, después de haber examinado la conformidad del motivo indicado, ya con la ley, ya con la realidad de los hechos. Fuera de los casos enumerados en los Arts. 133 y 134, es improcedente la solicitud de visto bueno, y si de hecho se presentare solicitud debería ser rechazada de plano […]". (Diccionario explicativo del derecho del trabajo en el Ecuador, Instituto del Derecho del Trabajo e Investigaciones sociales, Universidad Central, Quito Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, 1970, p. 383.) (Los artículos mencionados en la cita corresponden a la regulación de visto bueno a la fecha que escribe el autor).

El Visto Bueno Laboral, es la resolución (autorización) que dicta la autoridad administrativa de Trabajo, en éste caso el Inspector del trabajo o quien haga sus veces, mediante la cual expresa que son legales las causas alegadas por el empleador y/o trabajador, para dar por terminado legalmente el contrato Individual de Trabajo, previo trámite de ley; este, confiere al Inspector de Trabajo atribuciones suficientes para conocer o tramitar las solicitudes de terminación de la relación de trabajo, presentada por empleadores o trabajadores y resolverlas, mismas que podrán impugnarse vía judicial al tener el valor de mero informe; la ex Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia el 20 de febrero de 2009, en la resolución Nº 52309, juicio Nº 20060078, señala: "[…] Con respecto al Visto Bueno el inciso segundo del Art. 183 del Código del Trabajo establece: "La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.", esta Sala considera necesario señalar, que el juzgador está obligado, no solo a comprobar que en realidad el inspector del trabajo concedió el visto bueno, sino, que es menester determinar, que se ha probado en el juicio, que los fundamentos jurídicos en los que basa el inspector el visto bueno, son verdaderos […]". (Énfasis añadido). 3. Examinado el expediente de Visto Bueno No. 2748452018 seguido por TRANSESPOL EP en contra de GALO JAIRO CHANCAY PINARGOTE y sustentado en la causal No. 1 del artículo 172 del Código del

Trabajo concretamente por: Faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido, dentro de un periodo mensual de labor; este tribunal de casación observa que la Inspectora de Trabajo Ab. Maria Yuz Valencia, con fecha 12 de febrero de 2019, las 14h42 aceptó el mismo al considerar que: "[…] El día 27 de septiembre del 2018, mediante memorando No. EPTTHH1082018, la señora Katherine Quiroga, Asistente de Talento Humano, me informa que el señor GALO JAIRO CHANCAY PINARGOTE, no ha asistido a sus labores durante más de tres días inclusive, para lo cual me adjunta la documentación de soporte correspondiente […] Solicite al SR. GERENTE GENERAL DE TRANSESPOL E.P, Javier Moyano Moscoso, 2"… que en los actuales momentos estoy atravesando un problema de índole legal debido a mi infracción de tránsito, por lo que solicito muy comedidamente se sirva ordenar a quien corresponda se me conceda DIEZ DIAS DE PERMISO CON CARGO A MIS VACACIONES a partir del día lunes 24 de septiembre del 2018"…. Dicha petición tuvo su respuesta inmediata de parte de la SRA GERENTE GENERAL SUBROGANTE NEGANDOME LO PETICIONADO. Mediante oficio EP04920418 de fecha 26 de septiembre de 2018 […] El día de la diligencia de investigación, anuncia como medios de prueba, el abogado patrocinador de la parte accionante manifestó: A FOJAS 14 consta dentro de auto oficio sin serie de fecha 27 de septiembre de 2018 suscrito por Juan Carlos Flores AUXILIAR de transporte. A FOJAS 15 consta en los autos memorándum #transespol EPTTHH1082018 suscrito por la Ing. KATHERINE QUIROGA dirigido a la Srta. VANESSA GUEVARA Gerente Subrogante de Transespol. A FOJAS 16 consta en los autos reporte general de asistencia del accionada GALO JAIRO CHANCAY PINARGOTE en el que se corrobora la inasistencia de los días 24, 25 y 26 septiembre del 2018. En virtud de lo mencionado por la contraparte referente a lo manifestado sobre la supuesta justificación de los días 24, 25, 26 de septiembre de 2018 siendo esta una justificación tal como lo señala en conformidad con el art. 42 y demás normas pertinentes al código del trabajo por cuanto no corresponde a una justificación el hecho de estar detenido ya que en dicha normativa indica que solo puede ser motivo de sufragio maternidad entre otros […] se concluye que el accionante demostró con pruebas fehacientes, que el trabajador accionado se encuentra incurso en la causal primera del artículo 172 de Código del Trabajo […]". 4. El artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: "[…] Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada […]"; respecto de lo cual se observa que, la parte accionante estaba en la obligación de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte actora a través de sus medios de pruebas se refirió que los únicos días que él no asistió a laborar en la entidad demandada fueron los días lunes 24, martes 25 y miércoles 26 de septiembre de 2018; es decir, 3 días y así consta en el expediente de Visto Bueno No. 2748452018, además que con fecha 25 de septiembre de 2018 remitió una comunicación a su empleador TRANSESPOL EP, misma que ha ingresado a su dependencia con fecha 26 de septiembre de 2018, a las 08h57 según consta de la recepción del documento y que en su parte pertinente dice "[…] Por medio de la presente me permito hacerle llegar mis cordiales y respetuosos saludos, a la vez que molesto su atención a que en los actuales momentos estoy atravesando un problema de índole legal debido a una infracción de tránsito, por lo que solicito muy comedidamente se sirva ordenar a quien corresponda se me conceda DIEZ DIAS DE PERMISO CON CARGO A MIS VACACIONES, a partir del lunes 24 de septiembre de 2018, a fin de solucionar inconvenientes que he comunicado en líneas anteriores […]". (la negrita pertenece a este Tribunal), cabe considerar que la parte accionante en la demanda como en el trámite de Visto Bueno aceptó que la solicitud de permiso fue respondida el mismo día por su empleador, mediante oficio TRANS EPGG 0492018, en los

siguientes términos: "[…] debo informar que de conformidad con el artículo 42 y demás normas pertinentes del Código del Trabajo y el Reglamento Interno de la entidad, no procede el pedido de permiso indicado en el oficio, por cuanto no corresponde a los previstos en dicha normativa tales como pueden ser por motivos de: sufragio, maternidad, entre otros […]"; observándose que el mentado pedido de permiso con cargo a vacaciones fue negado, con lo cual no tenía un justificativo legal para inasistir a su lugar de trabajo, además, no existe medio probatorio tendiente a demostrar que su inasistencia haya sido únicamente por los días lunes 24, martes 25 y miércoles 26 de septiembre de 2018 como alega; por el contrario, de las pruebas que han sido legalmente actuadas en el proceso por las partes, como: Memorando No. TRANSESPOL EPTTHH1082018 de fecha Septiembre del 218 (fj. 25), oficio s/n del 27 de septiembre del 2018 (fj. 23); y, oficio de 19 de diciembre de 2018 suscrito por Galo Chancay Pinargote, al que se adjunta la sentencia emitida dentro del Juicio No. 09266201800607 (fjs. 127 a 134), de la que se desprende que "[…] las circunstancias de la aprehensión del ciudadano Galo Jairo Chancay Pinargote, por la presunta contravención tipificada y sancionada en el Art. 385 inc. 1 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal […] la respectiva audiencia el día sábado 22 de septiembre de 2018, a las 14h15, dentro de las veinticuatro horas luego de la detención […] se declara la CULPABILIDAD […] por haber adecuado su conducta a la CONTRAVENCIÓN DE TRÁNSITO tipificada y sancionada en el artículo 385 inc. 1 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de AUTOR DIRECTO, conforme lo determina el artículo 42 numeral 1 literal a ibídem. Imponiéndole una pena privativa de libertad de treinta días la misma que deberá ser cumplida en el Centro de Detención Provisional de Guayaquil […] En la audiencia la abogada del contraventor […] solicitando se le conceda como pena trabajo comunitario. En aplicación del Art. 63 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, disposiciones que guardan armonía con el Art. 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, se le sustituye de la pena privativa de libertad, veinte días de trabajo comunitario […] Además se impone […] LA SUSPENSIÓN DE LA LICENCIA POR SESENTA DÍAS […]". (la negrilla pertenece a este Tribunal de Casación). De lo cual se infiere, que el señor Galo Jairo Chancay Pinargote – ex trabajador – estuvo privado de su libertad por un tiempo superior a tres días a partir del sábado 22 de septiembre de 2018, lo que confirma los hechos alegados por la parte demandada en el sentido que el ex trabajador no acudió a laborar solamente los días, 24, 25 y 26 de septiembre de 2018, sino también el día 27 de septiembre y siguientes, como se dejó anotado en la solicitud de visto bueno, es decir, estuvo ausente de su trabajo por más de 3 días dentro de un periodo mensual de labor, sin causa legal para justificar la inasistencia a su lugar de trabajo, razón por la cual, este tribunal de casación concluye que el visto bueno solicitado en contra del trabajador, fue legal, al haberse demostrado procesalmente que se ha configurado la causal 1 del artículo 172 del Código del Trabajo.

DECISIÓN:

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,** casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 29 de noviembre del 2019, las 15h27, y declara sin lugar la demanda propuesta. Sin costas. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

f) Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL.

V

Juicio Nro. *13267-2018-00118*
Resolución Nro. *311-2021*
Fecha: *viernes 1 de octubre del 2021, las 09h31*

TEMA: Bonificación por jubilación y cosa juzgada por acta de mediación

ASUNTO

Los actores demandan al GAD Municipal del cantón Junín, reclamando la reliquidación de la indemnización por retiro voluntario o desahucio, para acogerse a la jubilación, conforme determina el Art. 27 del Octavo Contrato Colectivo, con vigencia desde el 1 de enero de 2014. De esta manera, impugna las actas suscritas ante el Centro de Mediación, exponiendo que se evidencia que el valor liquidado y pagado por el gobierno local no es el que corresponde a cada trabajador.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de primera instancia, se aceptó la demanda, pues el juzgador considera que la indemnización de los ex trabajadores del GAD municipal del cantón Junín corresponde liquidarse en base a siete salariaros básicos unificados del trabajador en general por cada año de servicio, de acuerdo con el Octavo Contrato Colectivo, pagándose la diferencia con relación a la indemnización fijada por retiro voluntario.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el GAD municipal del cantón Junín, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí resolvió revocar el fallo de primer nivel y desechar la demanda, considerando que no existe renuncia de derechos en las actas de mediación suscritas por los accionantes con el gobierno local, sin que además corresponda aplicar el Octavo Contrato Colectivo de Trabajo, pues a la fecha en que se terminó la relación laboral, no estaba vigente dicho instrumento, sino uno anterior.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13267-2018-00118

Juez Ponente: Dr. Alejandro Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, viernes 1 de octubre del 2021, las 09h31.
VISTOS: En el juicio laboral seguido por Marcos Tulio Avellán Moreira, Lorenzo Diovigildo Vargas Bravo, Peter José Ormaza Salazar y Francisco Eugenio Alcívar Sánchez, el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dicta sentencia el 22 de enero de 2020, las 08h49, en la que acepta la excepción previa de cosa juzgada, deducida por la parte demandada al contestar la demanda; y, en consecuencia revoca la sentencia emitida en el primer nivel declarando sin lugar la demanda propuesta por los accionantes. Inconformes con esta decisión, la parte actora interpone recurso de casación, siendo admitido a trámite en auto de calificación de 25 de agosto del 2020, las 12h36, emitido por la doctora Liz Mirella Barrera Espín, Conjueza Nacional de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, y una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo, ha realizado la audiencia respectiva, para conocer y resolver el presente recurso de casación; al efecto se considera:

PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La competencia de este tribunal para resolver la presente causa, se sustenta en las Resoluciones No. 0082021 de 28 de enero de 2021; N° 19719 de 28 de noviembre de 2019 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y 072019 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por el sorteo de ley. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente; doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; y doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional.

SEGUNDO:
FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. Comparecen los señores Marcos Avellán Moreira, Lorenzo Vargas Bravo, Peter Maza Salazar y Francisco Alcivar Sánchez, a través de su abogado defensor el doctor Félix Alcivar Mera, quienes fundamentando su recurso de casación en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General del Proceso, identifican que se han infringido las siguientes normas jurídicas: Numerales 2 y 11 del artículo 326 de la Constitución de la República; artículo 4 del Código del Trabajo; Disposición Transitoria Primera del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo; ítem 7 de la Resolución 122017 emitida por la Corte Nacional de Justicia.
Manifiestan que el tribunal de alzada, acepta como excepción previa la existencia de cosa juzgada y declara sin lugar la demanda propuesta en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Junín, 159909707-DFE argumentando que existe actas de mediación de acuerdo total No. 1129, 1127, 1128 y 1123, en donde constan los valores que le corresponde recibir a cada trabajador por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, cuando ese cálculo no se lo realizó conforme lo dispone la norma contractual, es decir, se lo efectuó sobre cinco salarios básicos unificados del trabajador en general por cada año de servicio y hasta un monto máximo de 130 salarios básicos unificados del trabajador en general, cuando existe norma expresa que señala que el trabajador por ese derecho le corresponde recibir siete salarios básicos unificados del trabajador privado en general, hasta un monto de 210 salarios básicos unificados del trabajador privado en general, conforme lo prescribe el At. 27 del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo.
Consideran que la decisión adoptada por los señores jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, infringe normas de rango constitucional y legal que no han sido aplicadas por parte de los juzgadores y que debieron ser observadas a efectos de garantizar los derechos de los trabajadores; así señalan que existe una falta de aplicación del numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República que determina: **"los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario"** norma supra legal que es concordante con lo establecido en el Art. 4 del Código de Trabajo y que consagra uno de los principios rectores en materia laboral como es la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores.
Argumentan que los jueces de la Sala de lo Laboral han hecho énfasis en la sentencia sobre la existencia de actas de mediación en las cuales el empleador y los trabajadores convienen en que el cálculo de la indemnización por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, se la realice sobre cinco salarios básicos unificados del trabajador en general por año de servicio y no sobre siete salarios conforme lo estipula el Art. 27 del Contrato Colectivo, sin reflexionar que este acuerdo celebrado entre las partes contiene RENUNCIA DE DERECHOS, pues sí existe norma expresa sobre la que se debe realizar el cálculo de este derecho, como es el Art. 27 del Contrato Colectivo que consagra imperativamente un derecho, resulta improcedente que se establezca un acuerdo en el que claramente se le disminuye y menoscaba el mismo, perjudicando a los trabajadores al recibir 5 salarios básicos unificados del trabajador en general por cada año de servicio por concepto de la indemnización para acogerse a la jubilación.
Señalan una falta de aplicación del numeral 11 del artículo 326 de la Constitución de la República que indica: ***"Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante*** *autoridad* ***administrativa o juez competente"****,* manifestando que

bajo este precepto constitucional debe entenderse que la transacción, como medio para terminar extrajudicialmente un litigio o precaver un litigio eventual, en materia laboral exige que converjan requisitos ineludibles para su validez, tales como: La no renuncia a derechos por parte del trabajador; y Celebración ante autoridad competente. En la especie, las actas de mediación mediante las cuales se establece el pago de la indemnización por retiro voluntario por haberse acogido a la jubilación, atentan contra la garantía de la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos del trabajador, pues al calcularse la indemnización sobre una base menor a la establecida en el artículo 27 del Contrato Colectivo, conllevó a que el acto de transacción, pese a ser celebrado, ante autoridad competente, se encuentre viciado de nulidad por contener renuncia de derechos de los trabajadores. No obstante, los jueces han otorgado el valor de cosa juzgada a las actas de mediación, sin considerar que las mismas contienen renuncia de derechos y sin observar que la pretensión de la demanda versa sobre el pago de diferencia de la indemnización establecida en el Art. 27 del Contrato Colectivo, situación que no ha sido sometida a litigio o transacción.

Determinan que el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala *"La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un* tercero neutro/ *llamado mediador*, *procuran* un *acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial* y *definitivo, que ponga fin a un conflicto",* desprendiéndose de la norma transcrita, que todo acuerdo voluntario al que se pretenda arribar a través de una mediación debe de versar sobre materia transigible*;* y que en materia de mediación los únicos conflictos posibles de ser conciliados son aquellos que son renunciables o transigibles, en consecuencia, un derecho irrenunciable como es el derecho laboral no puede ser susceptible de transacción o mediación.

Señala, que existe una falta de aplicación de la norma contractual Transitoria Primera del Contrato Colectivo que indica: ***"Todos los beneficios del presente contrato colectivo regirán a partir del 1 de enero del 2014, por lo tanto, los beneficios tendrán efecto retroactivo a la fecha antes mencionada";*** **disposición** que se encontraba vigente al momento de la terminación de la relación laboral y que los jueces al momento de emitir la sentencia no la aplican.

Acusan una falta de aplicación del ítem 7 de la Resolución 12-2017 emitida por la Corte Nacional de Justicia, que refiere: "7. COSA *JUZGADA. La cosa juzgada es una consecuencia de haber recaído decisión definitiva en un proceso*; y, como *excepción,* supone *la realidad de que* un hecho *que se está juzgando ya lo ha sido de modo definitivo en otro* proceso *anterior, debiendo respetarse el contenido de esa* decisión. Considerando *que la* existencia de *cosa juzgada implica no sólo una cuestión procesal, sino declarar que unos mismos hechos han sido ya materia de decisión que ha alcanzado estado, impidiendo que* una cuestión *debatida y que ha* obtenido *decisión, sea objeto de posterior y nuevo pronunciamiento; y, si de hecho se presentase un nuevo proceso,* obligando *al juzgador del proceso ulterior a aceptar la decisión existente, el juzgador debería acogerla mediante sentencia",* observándose de la norma transcrita que para que exista cosa juzgada debe haberse juzgado un hecho en un proceso anterior, y que en la especie la pretensión de la demanda versa sobre el pago de la diferencia de la indemnización por retiro voluntario para acogerse a la jubilación de conformidad al artículo 27 del Contrato Colectivo de Trabajo, hecho que no ha sido sometido a ningún proceso, ni puede considerarse como cosa juzgada, pues únicamente existe un proceso judicial mediante el cual los trabajadores han demandado el pago de la diferencia de indemnización que les corresponde de acuerdo a la Contratación Colectiva y ese hecho, es decir, el reconocimiento y pago de la diferencia de indemnización, no ha sido conocido, sustanciado y mucho menos resuelto en otro proceso judicial, por tanto, no puede existir cosa juzgada en el presente.

Solicita se case el fallo.

2.2 <u>Contradicción de la parte demandada</u>

La intervención de la contraparte se encuentra en la grabación magnetofonía constante en el proceso, en lo principal comparece el abogado Holger Cantos Vera en calidad de Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Junín, quien, en relación al recurso de casación expuesto, señala:

- Que el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente 2, fue reformado por la Ley de Justicia Laboral en al año 2015, que incluyó la palabra *hasta* reformando las palabras

será de que antes establecía el Mandato, fijando de este monto límites para la indemnización que provienen de los contratos colectivos.

- Que los actores suscribieron un acta de Acuerdo Total, en la que se acogieron voluntariamente a que la institución demandada le reconozca cinco salarios básicos por cada año de servicio de conformidad con lo que disponía el artículo 27 del Contrato Colectivo suscrito entre las partes, conforme a lo que dispone el artículo 8 inciso 2 del Mandato Constituyente 2. Considera que las actas mencionadas, tienen efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.
- Resulta necesario referirse a lo que dispone el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, referente a los hechos que no requiere ser probados y uno de esos es el consentimiento en el Acta Transaccional, teniendo presente el principio de legalidad, el cual ha sido reproducido en las actas suscritas por las personas que plantean esta demanda.
- Que las Actas de Acuerdo Total, que han sido suscritas por los accionantes no trasgreden derechos de los trabajadores, pues han sido suscritas conforme a la ley incluso elevadas al órgano rector Ministerio de Relaciones Laborales.
- Esta acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, al haberse suscrito las Actas de Mediación, las cuales han sido celebradas conforme el ordenamiento legal.
- Señala que, la decisión que han emitido los jueces del tribunal ad quem, es adecuada; pues han aplicado acertadamente las normas legales y constitucionales (artículo 326numeral 11), conjuntamente con una debida motivación, siendo esta decisión razonada y en derecho.

Solicita se rechace el recurso emitido.

TERCERO:
PROBLEMA JURÍDICO

- Observar, si el tribunal de apelación ha incurrido en una trasgresión de los artículos 326 numerales 2 y 11 de la Constitución de la República; 4 del Código del Trabajo; la Disposición Transitoria del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo, al haber establecido que los valores recibidos por concepto de beneficio por jubilación que ha sido efectuado base al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, es correcto.
- Determinar si se ha producido una trasgresión de lo que establece la Resolución 122017 emitida por la Corte Nacional de Justicia, al haber establecido la existencia de cosa juzgada en el proceso.

CUARTO:
CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que " […] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal […] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo […] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales
inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas". (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá Colombia, 2008, pág. 13). Por su parte, el Tribunal de Casación para decidir, tiene que centrar su análisis en los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito contentivo del recurso. Pues como bien señala, el jurista ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia: "Los motivos o causales, según lo denomina nuestra ley, para la interposición del recurso de casación están limitadas y taxativamente señaladas en la ley, por lo que al ser restrictivos no es admisible ampliarlas analógicamente; la actividad del órgano jurisdiccional está limitada a las causales que, establecidas previamente por la ley, han sido invocadas en forma expresa el recurrente. […]". Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y

legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

QUINTO:
ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Bajo las argumentaciones vertidas de la fundamentación del recurso de casación y del problema jurídico expuesto, este tribunal de casación analiza:

5.1. El caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General procede, cuando el juzgador de instancia incurre "en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.", lo que implica que se configure un error de juicio, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: "Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Emana, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutiva del fallo…". (MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354.).

5.2. Al invocar el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, implica que las acusaciones deben necesariamente versar sobre la transgresión directa de la norma legal en la sentencia; por lo que no cabe en ella consideración respecto de los hechos, dado que se parte de la base de que es correcta la apreciación del tribunal ad quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, es decir, que el recurrente al fundar su pretensión en el caso quinto está conforme con los hechos, no así con el derecho aplicado, de tal manera que corresponde al tribunal de casación, examinar a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, así se considera:

5.2.1. Con relación al primer problema jurídico planteado, que se refiere a:

Observar, si el tribunal de apelación ha incurrido en una trasgresión de los artículos 326 numerales 2 y 11 de la Constitución de la República; 4 del Código del Trabajo; y de la Disposición Transitoria del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo; al haber establecido que los valores recibidos por concepto de beneficio por jubilación que ha sido efectuado en base al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, eran correctos.

Respecto a este problema jurídico, se tiene como hecho probado la existencia de cuatro "Actas de Mediación de Acuerdo Total suscritas en el Centro de Mediación Laboral del Ministerio del Trabajo, signadas con los números 1129, 1127, 1128 y 1123", por los señores Marcos Tulio Avellan, Lorenzo Diovigildo Vargas Bravo, Peter Jose Ormaza Salazar y Francisco Eugenio Alcivar Sánchez, conjuntamente con los representantes del Gobierno Autónomo descentralizado del Municipio de Junín, en las que ha acorado el pago de valores por concepto de indemnización por renuncia o desahucio para cogerse a la jubilación.

Las mencionadas actas en su contenido señalan*: "TERCERA: ACUERDOS. Las partes manifiestan de forma libre y voluntaria lo siguiente: De conformidad a lo que establece el Séptimo Contrato Colectivo celebrado entre el GAD DEL CANTÓN JUNIN y el Comité Central de los Trabajadores, el mismo que indica en su artículo 27 sobre la Indemnización por Renuncia o Desahucio para acogerse a la Jubilación en la que establece que los trabajadores recibirán como indemnización el valor establecido en el inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente n°2, el mismo que prevé para el cálculo de años de servicio de hasta 7 salarios básicos unificados (…)";* y en la parte pertinente, de cada una de aquellas dice: *"(…)de manera libre y voluntaria acepta acogerse al Proyecto de Jubilación que tiene establecido el* ***GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL MUNICIPIO DEL CANTÓN JUNIN****, acordando que se realice el cálculo sobre cinco (5) salarios básico por año de servicio, los mismos que se encuentran dentro del techo de negociación estipulado en inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente n°2";* observándose que en dicho

documento, existe la voluntad expresa de las partes que convinieron al suscribir las mencionadas actas de mediación, sobre el pago de la indemnización por concepto de jubilación, de conformidad con el artículo 27 del Contrato Colectivo y el artículo 8 del Mandato Constituyente 2, el cual señala: *"Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total."* (Lo subrayado nos pertenece).

Ahora bien, la parte recurrente manifiesta en su recurso que el cálculo efectuado para el pago no se lo realizó conforme lo dispone la norma contractual, es decir, se lo efectuó sobre cinco salarios básicos unificados del trabajador en general por cada año de servicio y hasta un monto máximo de 130 salarios básicos unificados del trabajador en general, cuando existe norma expresa que señala que el trabajador por ese derecho le corresponde recibir siete salarios básicos unificados del trabajador privado en general, hasta un monto de 210 salarios básicos unificados del trabajador privado en general, conforme lo prescribe el artículo 27 del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo.

En este sentido se hace necesario observa el contenido la cláusula contractual en mención, así se tiene:

Artículo 27 del Contrato Colectivo de trabajo determina: *"INDEMNIZACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO O DESAHUCIO PARA ACOGERSE A LA JUBILACIÓN Los trabajadores que se separen de la institución para acogerse a la jubilación patronal o general, sea mediante retiro voluntario o desahucio, recibirá como indemnización el valor establecido en el inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente No.2, es decir siete salarios básico unificados del trabajador privado por los años de servicio laborados en la institución hasta un monto máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador en general";* disposición que, si bien establecía el reconocimiento de una indemnización por el retiro voluntario para acogerse a la jubilación de 7 salarios básicos unificados acorde a lo estatuido en el artículo 8 del Manto Constituyente 2; con la expedición de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar1, el invocado artículo 8 fue reformado, determinando que: *"El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores* 1 *Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015. públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio…";* por lo que al momento en que los señores actores fueron titulares del beneficio previsto en la contratación colectiva, esto es, cuando mediante retiro voluntario se acogieron a la jubilación, y suscribieron las mencionadas "Actas de Mediación de Acuerdo Total" se encontraba vigente la reforma antes señalada del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, por lo que en aplicación del artículo 27 del Contrato Colectivo, se debía observar tal regulación para efectuar el cálculo de la bonificación, de esta manera, habiéndose calculado en el acta de medicación el monto indemnizatorio en base a 5 salarios no se contravino el Mandato Constituyente, pues éste, desde el 20 de abril de 2015 determina que la indemnización o bonificación tomará en cuenta *hasta 7 salarios por cada año*, y debía ser aplicado en esa manera. Además hay que añadir que con la suscripción de las Actas de Mediación de Acuerdo Total, las partes suscribientes se sometieron de forma voluntaria al acuerdo establecido, el cual comprendía que se realice el cálculo sobre cinco (5) salarios básico por año de servicio, conforme el inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente No 2.

Respecto a la trasgresión acusada de la Disposición Transitoria del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo, se puntualiza:

La mencionada disposición, en su contenido señala: *"Todos los beneficios del presente contrato regirán a partir de 1 de enero del 2014, por lo tanto los beneficios tendrán efecto retroactivo a la fecha antes mencionada"*. Norma contractual que establece el

tiempo desde cuándo deben operar los beneficios de la contratación colectiva. Ahora bien es necesario determinar que en atención a la invocada norma, con la suscripción del Acta de Mediación de Acuerdo Total, suscrita por los trabajadores accionantes, da cuenta de que no se está desconociendo el derecho de los trabajadores a recibir el beneficio indemnizatorio pactado en la contratación colectiva, pues en aplicación del artículo 27 del Octavo Contrato Colectivo de Trabajo, se ha reconocido y acorado los valores por indemnización por retiro voluntario o desahucio para cogerse a la jubilación, valores que han sido entregados a cada uno de los trabajadores que conforma la parte accionada.

Es necesario tener en cuenta que con la emisión de los Mandatos Constituyentes se precauteló la equidad laboral, limitándose privilegios y beneficios desmedidos de ciertos grupos, que en sus regulaciones contractuales atentaban contra el interés general e incluso contra el de los propios trabajadores, por lo que con la emisión de aquellos se estableció topes máximos en las indemnizaciones y liquidaciones por terminación de relaciones laborales, bajo la figura de despido intempestivo o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación en las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales o en las entidades de derecho privado, en las que bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes indirectos de recursos públicos, en tal sentido, al haberse aplicado la cláusula contractual conforme la regulación del Mandato Constituyente 2 en su artículo 8 vigente al tiempo de finalización de la relación laboral, es un actuación que como se dijo *ut supra* no atenta contra los derechos de los trabajadores. Por las consideraciones vertidas, no prospera el cargo alegado.

5.2.2. Referente a segundo problema jurídico:

Determinar si se ha producido una trasgresión de lo que establece la Resolución 122017 emitida por la Corte Nacional de Justicia, al haber establecido la existencia de cosa juzgada en el proceso.

La parte casacionista, establece una transgresión de lo que establece la Resolución 122007 ítem 7, emitida por la Corte Nacional de Justicia, la cual en su contenido señala:

> *"7. COSA JUZGADA. La cosa juzgada es una consecuencia de haber recaído decisión definitiva en un proceso; y, como excepción, supone la realidad de que un hecho que se está juzgando ya lo ha sido de modo definitivo en otro proceso anterior, debiendo respetarse el contenido de esa decisión. Considerando que la existencia de cosa juzgada implica no sólo una cuestión procesal, sino declarar que unos mismos hechos han sido ya materia de decisión que ha alcanzado estado, impidiendo que una cuestión debatida y que ha obtenido decisión, sea objeto de posterior y nuevo pronunciamiento; y, si de hecho se presentase un nuevo proceso, obligando al juzgador del proceso ulterior a aceptar la decisión existente, el juzgador debería acogerla mediante sentencia. Por lo demás, el establecimiento de la cosa juzgada se fundamenta en la garantía constitucional de seguridad jurídica que asegura el Estado constitucional a toda persona (Art. 82 CRE); pues de lo contrario, los asuntos y particularmente las controversias judiciales se verían sometidos a múltiples procesos, generando un estado de incertidumbre que prácticamente podría volverse interminable. La jurisprudencia extranjera ha señalado que la excepción de cosa juzgada debe resolverse mediante sentencia, por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, al conocer un recurso de casación, ha declarado que la cosa juzgada constituye, tanto una obligación del Estado como también un derecho subjetivo de las partes; de su parte el Tribunal Supremo español ha declarado la existencia de cosa juzgada mediante sentencia Por lo expuesto, cuando el juzgador acepte la excepción previa de cosa juzgada deberá resolver mediante sentencia."*

En base a este pronunciamiento, la parte recurrente señala de manera puntual que exista cosa juzgada debe haberse juzgando un hecho en un proceso anterior , y que en la especie la pretensión de la demanda versa sobre el pago de la diferencia de la indemnización por retiro voluntario para acogerse a la jubilación de conformidad al artículo 27 del Contrato Colectivo de Trabajo, situación que no ha sido sometido a ningún proceso, ni puede considerarse como cosa juzgada, pues únicamente existe un proceso judicial mediante el cual los trabajadores han demandado el pago de la diferencia

de indemnización que les corresponde de acuerdo a la Contratación Colectiva.

Al respecto, debe considerarse que la institución de cosa juzgada consiste en la imposibilidad jurídica de iniciar un nuevo proceso sobre la misma pretensión, en la que intervienen las mismas partes y que ya se ha resuelto y que existe sentencia debidamente ejecutoriada, pues ésta adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como ante los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no solo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de cambiar sus resultados.

Cabe enfatizar que la cosa juzgada es una institución jurídica con rango constitucional, consagrada en los artículos: 82 referente a la seguridad jurídica en el proceso y el 76.7. i) de la Constitución de la República que dice*: "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: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (…)";* de esta manera prohíbe que las mismas partes procesales litiguen indefinidamente por la misma materia, razón y derecho.

En la presente causa como ya se ha explicado con anterioridad, las partes procesales convinieron en un acuerdo transaccional, el cual fue elevado ante el Centro de Mediación Laboral del Ministerio del Trabajo, y donde las partes han suscrito un "Acta de Mediación de Acuerdo Total", en la que tiene como antecedentes la solicitud de la parte actora de efectuarse una audiencia de mediación con los representantes de la institución demandada, acto que no era necesario asistir con la presencia de un abogado, y que se celebró en atención a los que establecen los artículos 190 y 326 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, 43(2) y 47(3) de la Ley de Arbitraje y Mediación, en la que se ha acordado el pago de la indemnización por jubilación conforme el artículo 27 del Octavo Contrato Colectivo, acuerdo que dio solución a la controversia que se había generado entre las partes de la relación laboral, por lo que la decisión pactada tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

El acto, de mediación (Acta de Mediación) tiene efecto de cosa juzgada, es decir, sin tratarse de una sentencia, en sí mismo, tiene un resultado *sui generis*, que es el que produce una sentencia dentro del proceso, en el que se podría alegar que ya existe la ejecutoria y que ya paso en autoridad de cosa juzgada, como ocurre en el presente caso.

No debe perderse de vista que la institución de cosa juzgada busca la certeza jurídica, así como la estabilidad de las decisiones judiciales y los derechos en ellas garantizados, en observancia del principio de seguridad jurídica, acorde a lo que establecen los artículos 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 101 del Código Orgánico General de Procesos.

En tal sentido se observa que la decisión a la que han llegado los jueces del tribunal de alzada, al acoger a la excepción de cosa juzgada señalada por la parte demandada, ha sido acorde a la normativa mencionada sin que se pueda observar una transgresión de la Resolución 12-2017, emitida por la Corte Nacional de Justicia, por lo que se rechaza el cargo alegado.

SEXTO:

DECISIÓN DE LA SENTENCIA:

Por la motivación que antecede, 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 emitida por los jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dicta sentencia el 22 de enero del 2020, las 08h49.**Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *11335-2019-00368*
Resolución Nro. *324-2021*
Fecha: *martes 12 de octubre de 2021, las 08h22*

TEMA: Aplicación de ordenanzas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados sobre jubilación patronal.

ASUNTO

El actor, en su demanda, manifiesta que luego de haber laborado para el municipio del cantón Calvas por 35 años continuos se acogió a la jubilación patronal y que, sin embargo, este beneficio le ha sido otorgado en un valor inferior al que le correspondería, pues para el pago de la pensión de US $ 40,00 se está aplicando la ordenanza del GAD municipal del cantón Calvas.

La pretensión de la demanda es que se ordene al empleador el pago de los montos que le corresponde al actor por concepto de jubilación patronal mensual, pensión que deberá regularse en base a la ley y considerando el tiempo de servicio, coeficiente y promedio de la remuneración anual percibida de los cinco últimos años. El alcalde y el procurador sindico del GAD municipal del cantón Calvas se oponen a la demanda, expresando que el ex trabajador se encuentra percibiendo la pensión de jubilación patronal de acuerdo con la respectiva ordenanza municipal.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez acepta la demanda y ordena la reliquidación de la pensión jubilar patronal, de acuerdo a las reglas del artículo 216 del Código del Trabajo, pues considera que la jubilación patronal es un derecho imprescriptible de naturaleza social y que la pensión jubilar de $40 dólares que viene pagando el GAD Municipal de Calvas ha causado perjuicio al trabajador, por establecer un monto inferior al previsto en dicha norma.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja acepta el recurso de apelación del GAD municipal del cantón Calvas y revoca el fallo venido en grado, desechando la demanda, porque estima que el art. 216 del Código del Trabajo regula el cálculo de la jubilación patronal, cuya regla tercera dice que se exceptúa de esta disposición a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes definirán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal aplicable.

El tribunal agrega que, realizando un ejercicio de lógica deductiva, el art. 216 del Código del Trabajo rige, en principio, para todos los trabajadores, por lo tanto, la jubilación patronal se determina por esta norma, pero que no todos los trabajadores están incluidos en ella, por la excepción del mismo artículo para municipios y consejos provinciales, consecuentemente, concluye que el trabajador del municipio del cantón Calvas se rige por la ordenanza de jubilación patronal creada por ese nivel de gobierno.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11335-2019-00368

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, martes 12 de octubre del 2021, las 08h22.
VISTOS:
ANTECEDENTES:
a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: Carlos Jumbo Jumbo inició juicio de trabajo en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas en la persona de su Alcalde, Alex Sigifredo Padilla Torres, y de su Procurador Síndico, Yandry Vicente Ochoa Romero–compareciendo a la causa también la Procuraduría General del Estado. El actor presentó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 23 de diciembre de 2019, las 11h59 (fs. 11 a 15). Esta decisión revocó la de primer nivel –que había determinado como pensión jubilar mensual USD $ 187,50 fijando como pensión jubilar mensual la cantidad de USD $ 40,00 y disponiendo el pago de USD $ 1.437,00 por *"pensiones no pagadas"*.
b) Actos de sustanciación del recurso: De la mencionada decisión el actor presentó recurso extraordinario de casación. Mediante auto de 11 de septiembre de 2020, las 11h57, la doctora María Gabriela Mier Ortíz, Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, lo admitió a trámite por el caso cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).**
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces: doctora Enma Tapia Rivera, doctor Alejandro Arteaga García, y doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley."*, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley."*; artículo 191 numeral 1 ibídem, que prevé: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;"* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 16 de septiembre de 2021 que obra a fs. 30 del expediente de casación.
SEGUNDO. Fundamento del recurso de casación: El actor denuncia que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* no se aplicaron las siguientes disposiciones: artículos 11 numeral 2, 37 numeral 3, 133 numeral 2, 326 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; y artículo 216 numeral 1 del Código de Trabajo. Además, acusa la errónea interpretación del artículo 216 numeral 2 inciso segundo *ibídem.*
TERCERO. Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.
El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.
Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si

aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.[1] De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye –también una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.[2] Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley – artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional–artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene –más allá de la defensa de la legalidad indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.[3]

CUARTO. Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 *ibídem*, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 04 de octubre de 2021, a las 15h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO. Contextualización de los argumentos reproducidos por el casacionista con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

5.1. Antecedentes.

Como antecedente, el actor manifiesta que se jubiló el 15 de mayo de 2017, a los 70 años de edad. Que inició el proceso judicial en contra de la entidad empleadora con el propósito de que le satisfagan la jubilación patronal. Siendo que, de conformidad con la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo, le corresponde como pensión jubilar mensual la cantidad de USD $ 187,50.

En primera instancia el juez *a quo* aceptó la demanda fijando la pensión jubilar mensual en el rubro antes indicado; y además, liquidó valores adeudados por tal concepto. No obstante, en segundo nivel, el tribunal de apelación en la sentencia cuestionada, aceptó el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, y revocó el fallo de primera instancia.

---

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

[3] Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales […] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente […] Ibídem. Pág. 112.

5.2. Errónea interpretación del artículo 216 numeral 2 inciso segundo del Código de Trabajo.
El casacionista sostiene que, el Juez Plural interpretó erróneamente la norma en referencia, al mal entender que esta disposición faculta a los municipios y consejos provinciales para determinar el valor a pagar en favor de sus ex trabajadores por concepto de pensión jubilar mensual, sustrayéndose así de la aplicación de la regla primera *ibídem*. Siendo la consecuencia de este vicio aceptar el recurso de apelación presentado por la institución accionada y revocar la sentencia de primer nivel.
Luego, el recurrente se remite a criterios reproducidos en varias sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia, en las cuales –según dice se determina que el inciso segundo de la regla primera *ibídem* no faculta a los municipios para imponer valores mínimos como pensión jubilar patronal mensual. Más bien, tales criterios insisten en señalar que el cálculo de dicha pensión debe atender a la aplicación de la regla primera *ibídem.* En consecuencia, resulta inadmisible que una ordenanza imponga el monto o forma de liquidar de la pensión jubilar, pues –insiste, el cálculo correspondiente se encuentra regulado en la ley (regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo).
Es cierto –agrega que eventualmente una ordenanza puede contradecir disposiciones legales. En este escenario, la antinomia debe resolverse aplicando el criterio jerárquico, prevaleciendo la ley por sobre la ordenanza, conforme el artículo 425 de la Constitución de la República.
5.3. Falta de aplicación del artículo 216 regla 1 del Código de Trabajo.
Dice el recurrente que la errónea interpretación antes explicada produce como consecuencia la falta de aplicación del artículo 216 regla 1 del Código de Trabajo. Siendo este último un vicio determinante en la sentencia atacada dado que el tribunal de apelación resolvió determinar como pensión jubilar mensual la cantidad de USD $ 40,00. Fundamentándose para esto en la regla segunda *ibídem* y la aplicación de la ordenanza.
No obstante –señala la norma que se omitió aplicar artículo 216 regla 1 *ibídem* refiere un haber individual de jubilación *"como capital que se precisa para proceder a determinar la renta jubilar"*. Por tanto, de haberse aplicado esta disposición –considerando las partidas del haber individual de jubilación el resultado hubiera sido ratificar la sentencia de primer nivel. Tesis que –según dice se encuentra respaldada por criterios expuestos en sentencias de la Corte Constitucional, cuyas partes pertinentes se encuentran transcritas en el libelo de casación, y que confirman que, para fijar el monto de pensión jubilar mensual, se debe aplicar la regla primera *ibídem*.
5.4. Falta de aplicación de disposiciones constitucionales.
Denuncia la falta de aplicación del artículo 37 numeral 3 de la Constitución de la República dado que existe reserva de ley sobre la regulación del ejercicio del derecho a la jubilación patronal. Lo que implica que tal regulación corresponde de manera exclusiva al legislador mediante ley, no a otros poderes del Estado.
Además –sostiene la interpretación realizada por el tribunal de alzada al inciso segundo numeral 2 del artículo 216 del Código de Trabajo, determinando como pensión jubilar mensual la establecida en la ordenanza (USD $ 40,00), contradice el principio constitucional de duda favorable al trabajador previsto en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución. Pues, ante la posibilidad de varias interpretaciones correspondía aplicar la más favorable para el trabajador.
También –menciona aceptar el rubro fijado en la ordenanza implica un trato desigual en perjuicio del actor. Lo dicho considerando que otros ex trabajadores de la misma empleadora, en las mismas circunstancias, gozan de una pensión jubilar mensual mayor a la que le corresponde al accionante, contraviniendo de esta forma el artículo 11 numeral 2 *ibídem.*
Así –argumenta en diferentes procesos judiciales –identificados en el libelo de casación y antes de la expedición de la ordenanza se determinó como pensión jubilar en favor de: José Miguel Loaiza Pintado, USD $ 190,41; Edgar Euclides Torres Romero, USD $ 135,01; Segundo Jiménez Carrión, USD $ 270,26. Mientras que, el actor en la actualidad percibe USD $ 40,00 por tal concepto. Por tanto, al accionante se lo trata de forma desigual frente a los otros ex trabajadores. Sin que existan razones que justifiquen el objetivo perseguido y la razonabilidad de esa diferenciación.
Y –continúa el casacionista si acaso se admitiese que la interpretación realizada por el Tribunal *ad quem* en la sentencia cuestionada es la correcta. Corresponde al tribunal de casación reflexionar, no solo sobre la legalidad del artículo 216 numeral 2 del Código del Trabajo, sino también sobre su constitucionalidad. De ahí que –considera el actor puede presentarse una duda razonable y motivada

para estimar que varias normas jurídicas (artículo 216 numeral 2 inciso segundo *ibídem* y la ordenanza referida) contradicen la Constitución. Por lo que en este escenario –concluye lo procedente sería suspender el trámite de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las antes citadas disposiciones, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución.

5.5. Solicitud.

Finalmente, con fundamento en lo antes expuesto, el actor solicita se case la sentencia recurrida y se fije la pensión jubilar mensual de conformidad con la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo; además, de disponer el pago de los intereses correspondientes. Y, de forma subsidiaria, requiere se eleve en consulta a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 216 numeral 2 inciso segundo *ibídem* y artículos 3 y 6 de la Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores del GAD Municipal del cantón Calvas.

SEXTO. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

En la sentencia cuestionada ¿se configuró la errónea interpretación del artículo 216 numeral 2 inciso segundo y falta de aplicación del artículo 216 regla primera del Código de Trabajo dado que la pensión jubilar mensual que le corresponde percibir al actor es la que resulta del cálculo previsto en esta última norma y no la cantidad fijada (USD $ 40,00) en la ordenanza expedida para el efecto por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas?

SÉPTIMO. RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

7.1 El caso cinco previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[4]

Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo impugnado. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, emitiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problemas/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde –según los hechos fijados para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento. La errónea interpretación, este motivo exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el yerro ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

Vale relievar que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí. Para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación (error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la efectiva aplicación de una que no se corresponde con los

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

hechos determinados como ciertos. Si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada. Y, si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.

Finalmente, es de observar que el caso en referencia, a más de la infracción directa de la norma sustantiva –enmarcada en uno de los motivos antes analizados, exige que el vicio en la sentencia sea determinante. Entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

7.2 Previo a resolver el problema jurídico planteado corresponde remitirse a la parte pertinente de la decisión impugnada, donde se lee: *"(…) a)* ***No ha entrado el debate si el trabajador tiene derecho a su pensión jubilar o no.*** *Es indudable que ambos reconocen este derecho del trabajador, establecido en la Constitución y en la Ley. Al respecto el mismo tiene derecho a la jubilación mensual patronal (…) se entiende que las normas aplicables para todos los trabajadores, son el art. 216 del Código de Trabajo, sin embargo, es la misma disposición legal, remite y autoriza a los municipios y consejos provinciales regular mediante Ordenanzas lo correspondiente a la jubilación patronal, es decir, la excepción a la norma. Realizando un ejercicio de lógica deductiva, el art. 216 rige para todos los trabajadores, por lo tanto, la jubilación patronal se rige por esta norma, pero no todos los trabajadores están incluidos en la norma por la excepción del mismo artículo, para municipios y consejos provinciales, por lo tanto,* ***el trabajador del GAD municipal de Calva, se rige por la ordenanza de jubilación mensual patronal.*** *Para probar la premisa, es necesario valorar la prueba documental presentada, es así que el GAD Municipal de Calvas, anuncia como prueba, introduce y produce la Ordenanza contendida fs. 54 a 60.* ***"ORDENANZA QUE REGULA LA JUBILACIÓN PATRONAL DE LOS TRABAJADORES EN EL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICPAL DEL CANTÓN CALVAS".*** *En el art. 6 menciona textualmente la Ordenanza: "El Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas, cancelará al trabajador cuya solicitud haya sido aprobada; por pensión mensual de Jubilación Patronal la suma de CUARENTA DÓLARES AMERICANOS, si el trabajador es beneficiario de doble jubilación; y, de CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS, si el servidor solamente tiene derecho a la jubilación del empleador", dicha Ordenanza fue aprobada en dos sesiones ordinarias 20 de febrero y 03 de marzo del 2017 y sancionada por el alcalde 06 de marzo del 2017, en donde entra en vigencia. Con lo que se establece claramente, que la misma norma del art. 216 del Código de Trabajo, da esta facultad a los GADS municipales y GADS provinciales, la que han cumplido la entidad demandada, por lo* ***que llegamos a la firme convicción que la norma aplicable al trabajador por su fecha de salida o terminación de labores (15 de mayo del 2017), debe estarse a la nueva normativa realizada por el Municipio de Calvas, es decir a la Ordenanza aprobada*** *(…)* ***por seguridad jurídica, al existir la excepción en el art. 216 del Código de trabajo y la Ordenanza respectiva, siendo esta última la norma, previa, clara, pública, debe aplicarse la misma para la jubilación patronal de los trabajadores que han salido de la institución, posterior al 06 de marzo del 2017****. Además dicha Ordenanza no ha sido impugnada dentro de las vías que ordena nuestro sistema legal, y lamentablemente esta vigente y debe cumplirse. Además el Tribunal no puede dejar de aplicar las normas legalmente expedidas, ni podemos dejar de aplicar la misma, puesto que eso sería desconocer el ordenamiento público o expulsar la norma de nuestro ordenamiento jurídico. (…) existe la norma del Art. 216 inciso segundo en donde se da una excepción para la pensión mensual jubilar, cuando los GAS (sic) municipales o provinciales realizan sus ordenanzas, para tal efecto debe estarse a esta última normativa (…) este Tribunal ha revisado las sentencias que ha presentado en el proceso, dadas por Tribunal de esta Sala, sin aquellas sean similares al caso planteado por el actor, ni que exista la alegación que existe hoy en este proceso por los demandados, es decir, el trabajador que demanda en este proceso, no se encuentra en igual situación que su compañeros que se jubilaron anteriormente, CUANDO NO EXISTIA LA ORDENANZA, de allí que la situación de aquellos es diferente a la situación del actor, en donde existe una nueva normativa (Ordenanza) que debe aplicarse, por lo que, fácilmente se concluye que el actor NO se encontraban en idénticas situación que los ex trabajadores anteriores del GAD municipal y que fue tratado en forma diferente por la administración pública y por la justicia. (…) d) Establecida*

claramente la pensión mensual jubilar del trabajador, debemos verificar si la entidad ha cumplido el pago, pues uno de los reclamos en la pretensión del actor, no solamente es de la pensión jubilar sino también el no pago de las mismas, para tal efecto, el GAD Municipal de Calvas, para justificar dicho pago procede a presentar el informe constante a fs. 41 de los pagos realizados, en donde observamos que en año 2017 no se ha pagado la pensión jubilar según Ordenanza, la de enero del 2019 tampoco existe pago, asumimos que febrero esta pagado en marzo, y falta la de febrero del año 2019, además falta de pagarse el décimo cuarto y décimo tercer sueldo, por lo que debe liquidarse. e) Liquidación. 1. Pensión jubilar $ 40 x 7 (junio a diciembre del 2017)= 280 + 40 (año 2018 enero) = 320 + 40 (2019 febrero)= $ 360 (TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES) POR PENSIONES ADEDUDADAS; Décimo Cuarto Sueldo, del año 2017 proporcional; 2018 y 2019 = $ 1014,00, (MIL CATORCE DÓLARES); Décimo Tercero sueldo 2017 Y 2018 $ 63,33 (SESENTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y TRES CENTAVOS); SUMA TOTAL de $ 1437,00 (MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE DÓLARES). (…)" (Énfasis fuera de texto original).

7.3 De lo transcrito, como hecho aceptado por el tribunal –e incontrovertibles en este nivel tenemos que el actor tiene derecho a la jubilación patronal. Siendo que los jueces de apelación concluyen que el actor se encuentra inmerso en la excepción prevista en el artículo 216 numeral 2 inciso segundo del Código de Trabajo. Es decir, le es aplicable la *"Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas"* (fs. 54 a 60), norma que se encuentra vigente y donde se fijó como pensión jubilar mensual la cantidad de USD $ 40,00.

Por su parte, el casacionista, en lo fundamental, alega que la excepción establecida en la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo –donde se prevé la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para regular la jubilación patronal mediante ordenanza no implica desconocer la regla primera *ibídem*, y fijar el pago definitivo de valores mínimos. Más bien, para establecer el derecho a la jubilación patronal mensual se debe aplicar necesariamente la regla 1 del artículo 216 del Código de Trabajo, donde se determinan las partidas que conforman el haber individual de jubilación; parámetro indispensable en la determinación de la pensión mensual en referencia.

Por el contrario –sostiene el recurrente, fijar la pensión jubilar mensual en el valor establecido en la ordenanza (USD $ 40,00), contradice los principios constitucionales previsto en el artículo 326 numeral 3 y 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que tratan sobre la duda favorable al trabajador y el principio de igualdad. Siendo que una interpretación contraria que implique la aplicación de la citada ordenanza supondría una posible duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de esta y del artículo 216 numeral 2 inciso segundo del Código de Trabajo. De ahí que, en este último escenario, lo procedente sería suspender el trámite de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las antes citadas disposiciones.

7.4 Para iniciar el análisis es necesario dirigirse en primer término al artículo 216 del Código de Trabajo, donde se encuentra regulado el derecho a la jubilación patronal, así tal disposición establece: *"Jubilación a cargo de empleadores. Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938. Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas: a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y, b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio. 2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US $ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US $ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.* ***Exceptúase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.*** *(…)".*

En el artículo transcrito se tiene regulada la jubilación patronal, determinándose como condiciones que el trabajador labore para un mismo empleador

por 25 años o más y de forma continuada o interrumpida. Luego, en la regla primera, tenemos los parámetros para fijar la pensión jubilar mensual remitiéndose a coeficientes de edad, tiempo y servicios. Además de referirse al haber individual de jubilación que a su vez se encuentra formado por dos partidas: fondo de reserva y el 5% del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

A partir de los parámetros derivados del haber de individual de jubilación –además de los coeficientes señalados y del previsto en el artículo 218 *ibídem* es que se fija la pensión jubilar mensual. Para lo cual se aplica la operación matemática que sigue: *"La suma de los últimos cinco años de servicio; dividido para cinco años con el objeto de obtener el promedio anual. Este resultado se multiplica por el 5%; dicha cantidad es multiplicada a su vez por los años de servicio. Este último valor dividido por el coeficiente determinado en el art. 218 ibídem que corresponda. Finalmente tal resultado se lo divide para 12, obteniéndose así el rubro por pensión jubilar mensual"*[5].

Por su parte, la regla segunda inciso segundo del artículo 216 *ibídem* establece la posibilidad de que los gobiernos autónomos descentralizados municipales y provinciales regulen mediante ordenanza la jubilación patronal aplicable para sus trabajadores. Entendiéndose por esto, que tienen la facultad para fijar la pensión jubilar mensual que corresponda.

Mientras que, en ejercicio de esta última facultad, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón

Calvas dictó la *"Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno*

Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas" de 06 de marzo de 2017, que prevé: *"Art. 3. Los trabajadores que por veinte y cinco años o más hubieren prestado servicios interrumpidamente para la institución; y, con un mínimo de 60 años de edad en la Municipalidad de Calvas, tendrán derecho a la Jubilación Patronal en forma mensual vitalicia. La jubilación de los trabajadores Municipales será independiente de la Jubilación que concede el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) (…) Art. 6. El Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas, cancelará al trabajador cuya solicitud haya sido aprobada; por pensión mensual de Jubilación Patronal la suma de CUARENTA DÓLARES AMERICANOS, si el trabajador es beneficiario de doble jubilación; y, de CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS, si el servidor solamente tiene derecho a la jubilación del empleador*

Es decir, la norma transcrita fija directamente la pensión jubilar mensual en favor de los ex trabajadores de la entidad demandada que previamente hubieren cumplido los requisitos ahí estipulados. Siendo posible dos supuestos: si son beneficiarios de doble jubilación, por tal concepto percibirán USD $ 40,00; y si solo tienen derecho a la jubilación patronal, recibirán USD 50,00. El actor, según el contexto de la sentencia cuestionada, se encuentra en el primer escenario, es decir, tendría derecho a una pensión jubilar mensual de USD $ 40,00.

7.5 Una vez descritos los posibles escenarios normativos de la pensión jubilar mensual derivados tanto de la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo como de la ordenanza referida, corresponde analizar la disposición aplicable al ex trabajador. Para este propósito se debe necesariamente abordar cuestiones relacionadas con los principios del derecho del trabajo y de relevancia constitucional, conforme el estudio que a continuación se desarrolla.

En primer término, valga decir que el derecho del trabajo tiene una especial connotación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que se deriva de una serie de principios constitucionalmente consagrados, que irradian el desenvolvimiento de la relación obrero patronal.

Siguiendo esta idea, nuestro marco constitucional consagra los principios aplicables al derecho laboral, como, *"Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos"*[6].

[5] Véase cálculos constantes en las sentencias dictadas en los juicios No. 02335201900028 y No. 1735620000302B.
[6] Américo Plá Rodríguez, "Los Principios del Derecho del Trabajo", Biblioteca de Derecho Laboral, Pág. 9

Es así que en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República se determina que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Al respecto, el principio de irrenunciabilidad se entiende como *"(…) la prohibición de abandonar derechos consagrados por el sistema jurídico en favor del trabajador y que se consideran imprescindibles para la efectiva vigencia de la idea de protección"*[7]. Mientras que, la intangibilidad significa que en la promulgación de una ley o norma posterior no es posible afectar o desmejorar derechos de los trabajadores, reconocidos en condiciones más favorables por una ley o norma anterior.

Entonces, la disposición constitucional en comento establece, por un lado, la imposibilidad de que el trabajador renuncie voluntariamente a los beneficios laborales que le corresponden. Marcando así una amplia protección frente al grado de desigualdad que se evidencia con relación al empleador en el desarrollo del vínculo laboral. Así la doctrina ha manifestado: *"La finalidad tuitiva del derecho del trabajo no podría cumplirse si sólo se lo declara, sin adoptarse los recaudos necesarios para su verdadera eficacia. Como correlato del principio protectorio, surge la idea de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, de modo de impedir que se afecten los institutos que resguardan la dignidad de ellos, quienes podrían declinarlos en razón de su situación de desigualdad negocial o por estado de necesidad. Por esta razón, al consagrarse el principio de irrenunciabilidad de derechos se apunta a evitar estas eventuales abdicaciones que podrían emerger de la voluntad del trabajador, sea por su propio desconocimiento de la protección normativa o por la situación de superioridad jerárquica que el empleador hiciere valer, en perjuicio de los intereses de su dependiente. (…)"*[8]

Y, por otro–el principio de intangibilidad establece límites incluso para el legislador, pues ni aún leyes posteriores pueden menoscabar derechos adquiridos anteriormente reconocidos y que favorecen al trabajador.

Para complementar lo dicho, vale señalar que el principio de irrenunciabilidad se interrelaciona con la protección judicial y administrativa establecida en el artículo 5 del Código de Trabajo. En el sentido que toda autoridad judicial y administrativa, dentro del marco de sus correspondientes competencias, se encuentran obligadas a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos. Lo que lleva implícito el deber de verificar la efectiva satisfacción de derechos laborales de acuerdo a la normativa legal y sobre todo constitucional imperante.

De tal suerte que por el carácter especial del derecho laboral tomando en cuenta los principios constitucionales, la aplicación de las disposiciones legales debe ser dúctil o flexible, atendiendo precisamente a resguardar el respeto y el efectivo cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Justamente con tal propósito es que se ha instaurado el principio de protecciónen correlación a todos los demás principios por los que se rige el derecho laboral expresándose en tres reglas distintas: *in dubio pro operario,* norma más favorable, y la condición más beneficiosa[9].

Dentro de la esfera del derecho del trabajo y de la seguridad social tenemos a la jubilación patronal, que incluso dada su especial trascendencia en procura de tutela a favor de los trabajadores ante las posibles consecuencias de la desvinculación laboral derivada de su avanzada edad, ha sido declarada como imprescriptible por la Corte Suprema de Justicia con la expedición de la Resolución publicada en el Registro Oficial No. 233 de 14 julio de 1989, y a la cual por supuesto que le son aplicables el resto de principios del derecho laboral.

---

[7] Ángel Eduardo Gatti, "Derecho del Trabajo", Editorial B de F, Buenos Aires – Argentina, 2015, Pág. 48.
[8] Ibídem, Pág. 4748.
[9] Plá Rodríguez define esta tres reglas:
La regla "indubio pro operario". Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.
La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de normas.
La regla de la condición más beneficiosa. 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.
Américo Plá Rodríguez, "Los Principios del Derecho del Trabajo", Biblioteca de Derecho Laboral, Pág. 40.

Así, este derecho debe necesariamente concebirse desde la perspectiva de los mencionados principios, es decir las disposiciones legales que la regulan obedecen a una aplicación flexible en tanto precautelen el real cumplimiento de dicho beneficio, cuando las condiciones normativas para tal efecto se han configurado.

De ahí es que, en este caso, al cumplir el trabajador con los requisitos que impone la norma para acceder a la jubilación patronal, en aplicación de la regla de la condición más favorable, este derecho no puede verse disminuido por otra norma –sea ordenanza o contrato colectivo pues contradice la ley y sobre todo la Constitución.

Enfatizando sobre este punto –y como antes se dijo incluso en aplicación del principio de intangibilidad, ni aún el legislador puede promulgar leyes que menoscaben derechos de los trabajadores reconocidos en leyes anteriores. De tal forma que la regulación de la jubilación patronal – derivada de una ordenanza municipal o de la contratación colectiva también encuentra su límite en este principio constitucional. Sin que por ninguno motivo esta pueda reducir el contenido de los derechos laborales previstos en las normas legales. Tanto más tratándose de la jubilación patronal, que tiene una protección especialísima dentro de nuestro marco constitucional y legal.

7.6 Siguiendo el análisis anterior, la excepción prevista en la regla segunda inciso segundo *ibídem* – donde se prevé la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para regular la jubilación patronal mediante ordenanza no puede constituirse en un limitante ni contradecir la primera regla *ibídem*. Entendiéndose por esto que las ordenanzas no pueden instaurar un valor por pensión jubilar mensual menor al que resulta de la aplicación de tal regla primera.

De ahí que, las juezas de este tribunal se apartan de criterios anteriores expedidos por la sala de casación en donde se aceptó la aplicación de las ordenanzas municipales que regulan la pensión jubilar mensual. **Entonces, dado el actual cambio de línea jurisprudencial, se debe entender que la excepcionalidad prevista en la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo permite regular a los gobiernos autónomos descentralizados la pensión jubilar mensual mediante ordenanza, siempre que–en el caso en concreto la cantidad ahí establecida sea superior al cálculo derivado de la regla primera *ibídem*.**

Evidentemente que una interpretación contraria, aceptando el pago originado en una ordenanza y a su vez inferior al resultado de la regla primera *ibídem,* implicaría directa contradicción con el principio de intangibilidad previsto en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, a la condición más favorable –derivada de interdependencia de los principios constitucionales del derecho al trabajo y del artículo 11 numerales 4 y 8 *ibídem.* Esto último, pues, aceptar un pago regulado en una ordenanza e inferior al que resulta de la aplicación de la ley, por un lado, restringiría el contenido del derecho a la jubilación patronal. Y por otro, implicaría un retroceso en la configuración del mismo, contradiciendo el desarrollo progresivo al que se refiere la Constitución en la disposición invocada.

Sin embargo, este tribunal, antes ha constatado que existe la posibilidad de una interpretación conforme con la Constitución de la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo. De ahí que, no existe duda sobre la constitucionalidad de esta norma. Pues, una interpretación en abstracto determina que es viable para los gobiernos autónomos descentralizados municipales y provinciales regular la jubilación patronal, siempre que la cantidad de ahí derivada no sea inferior a la que resulta de la aplicación de la regla primera *ibídem.* Es decir, se tiene una interpretación en abstracto que, *prima facie,* no contradice esta última norma legal, tampoco la Constitución ni los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en esta última.

En tal virtud, esta sala de casación es del criterio que en este caso, al no existir duda sobre la constitucionalidad de la norma citada, no se cumplen los presupuestos necesarios para la consulta de norma ante la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Lo que sí puede suceder en la controversia que se analiza es que, desde una interpretación en concreto, se configure una posible antinomia entre el resultado de la pensión jubilar mensual derivado de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo y el de la ordenanza en mención, siendo este un asunto de legalidad; esto, en el evento que el rubro previsto en esta última sea inferior al que resulta de la aplicación de la ley. En ese supuesto,

el juez ordinario debe resolver tal problema aplicando el criterio de solución de antinomias correspondiente.

A propósito del conflicto de normas infraconstitucionales entre una ordenanza y una ley, la Corte Constitucional ha manifestado: *"(…) Analizados los artículos impugnados y las alegaciones presentadas en la demanda, esta Corte encuentra que, pese a que el accionante considera que la Ordenanza transgrede normas constitucionales por existir una presunta contravención al artículo 216 del Código de Trabajo, aquello en realidad responde a una antinomia infraconstitucional entre una ordenanza y una ley.* ***29.*** *Si bien esta contradicción podría generar una ruptura en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, esta no es objeto del control abstracto de constitucionalidad, puesto que, de existir dicha incompatibilidad, la misma debe ser resuelta, justamente, a través de las reglas previstas en el artículo 425 CRE, de resolución de antinomias, lo cual, en este caso, es objeto de un ejercicio de interpretación legal y no constitucional. Es por ello que esta Corte Constitucional ha establecido, como regla general, que cuando el análisis jurídico de una norma legal no requiera acudir a normas constitucionales para resolverlo, no es objeto de control abstracto de constitucionalidad. (…)* únicamente se evidencia que los accionantes están en desacuerdo con las condiciones y montos establecidos por la Ordenanza para el pago de la jubilación patronal que efectúa el GAD de Machala y en razón de ello, lo consideran contrario al artículo 216 del Código de Trabajo. ***31.*** *En todo caso, esta Corte hace énfasis en que los asuntos de legalidad no resueltos, por no ser de su competencia, no implican una validación de estos. En el supuesto caso de que existan conflictos de orden general o individual éstos deben ser resueltos por las instancias judiciales correspondientes en el ámbito de sus atribuciones constitucionales y legales. (…)*[10] *".*

Por tanto, en este caso, nos encontramos ante una posible contradicción en la esfera de la legalidad; en tal razón, se insiste, para resolver la cuestión se aplicará el criterio de solución de antinomias pertinente. Análisis que se desarrolla a continuación.

7.7 Se ha dicho que, según la ordenanza, la pensión jubilar mensual que le correspondería al actor es de USD $ 40,00. Frente a lo señalado, es necesario establecer el valor por tal concepto que resultaría de la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo. Y verificar si de resultar esta última cantidad superior a la primera se configura contradicción entre las normas antes citadas.

Según el Oficio No. 2132019JTHGADCC de 02 de junio de 2019 (fs. 2) la relación laboral inició el 01 de junio de 1981 y finalizó el 15 de mayo de 2017. A esta última fecha el ex trabajador tenía 70 años por lo que de conformidad con el artículo 218 del Código del Trabajo, el coeficiente que le corresponde es de 3.2849.

Según el documento denominado Aportaciones generado por el IESS (fojas 4 a 19), se tiene como ingresos de los últimos años, el siguiente detalle:

May 2017	$265,50	**Mayo 2016**	$531,00	**Mayo 2015**	$531,00	**Mayo 2014**	$411,20	**Mayo 2013**	$411,20
Abr 2017	$531,00	**Abr 2016**	$531,00	**Abr 2015**	$531,00	**Abr 2014**	$411,20	**Abr 2013**	$411,20
Mar 2017	$531,00	**Mar 2016**	$531,00	**Mar 2015**	$531,00	**Mar 2014**	$411,20	**Mar 2013**	$411,20
Feb 2017	$531,00	**Feb 2016**	$531,00	**Feb 2015**	$531,00	**Feb 2014**	$411,20	**Feb 2013**	$411,20
Ene 2017	$531,00	**Ene 2016**	$531,00	**Ene 2015**	$531,00	**Ene 2014**	$411,20	**Ene 2013**	$411,20

[10] Sentencia No. 5816IN/21 de 28 de julio de 2021 dictada en el Caso No. 5816IN.

Dic 2016	$531,00	**Dic 2015**	$531,00	**Dic 2014**	$531,00	**Dic 2013**	$411,20	**Dic 2012**	$411,20
Nov 2016	$531,00	**Nov 2015**	$531,00	**Nov 2014**	$531,00	**Nov 2013**	$411,20	**Nov 2012**	$411,20
Oct 2016	$531,00	**Oct 2015**	$531,00	**Oct 2014**	$531,00	**Oct 2013**	$411,20	**Oct 2012**	$411,20
Sep 2016	$531,00	**Sep 2015**	$531,00	**Sep 2014**	$531,00	**Sep 2013**	$411,20	**Sep 2012**	$411,20
Ago 2016	$531,00	**Ago 2015**	$531,00	**Ago 2014**	$411,20	**Ago 2013**	$411,20	**Ago 2012**	$411,20
Julio 2016	$531,00	**Julio 2015**	$531,00	**Julio 2014**	$411,20	**Julio 2013**	$411,20	**Julio 2012**	$411,20
Junio 2016	$531,00	**Junio 2015**	$531,00	**Junio 2014**	$411,20	**Junio 2013**	$411,20	**Junio 2012**	$411,20

Se considera el total que resulta de la suma de los últimos cinco años de servicio –antes detallados, esto es $ 28.359,90; luego lo procedente es dividir esta última cifra para cinco años con el objeto de obtener el promedio anual 28.359,90/ 5 = $ 5.671,98 valor que se multiplica por el 5% = $ 283,59 dicha cantidad es multiplicada a su vez por los años de servicio (35 años) = $ 9.925,96; dividido por el coeficiente determinado en el artículo 218 del Código del Trabajo (70 años = 3.2849) = $3.021,69/12= **$ 251,80**, valor al que asciende la pensión jubilar patronal mensual.

7.8 Resulta entonces que el valor de USD $ 40,00 fijado como pensión jubilar mensual en la ordenanza referida por la entidad accionada, resulta muy inferior al que se obtiene conforme el método de cálculo previsto en el artículo 216 regla primera del Código de Trabajo; esto es, **USD $ $ 251,80**. Siendo por tanto que, en efecto, se presenta contradicción entre ambas normas; cuestión que se debe resolver aplicando el criterio jerárquico de resolución de antinomias.

Previo a ello, valga señalar que esta sala de casación, en un caso similar y anterior argumentó: *"En este contexto, se observa que, si bien los juzgadores de segunda instancia realizan una interpretación literal de la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo, respecto a la facultad legal que tienen los municipios y concejos provinciales de emitir sus propias ordenanzas para fijar la pensión jubilar de sus trabajadores; señalando además que en otras ocasiones la Sala Laboral se ha pronunciado de otra manera, más con amparo de las normas constitucionales que hemos señalado, este Tribunal de casación se desmarca de ese criterio y considera que no existe una justificación para perjudicar y aplicar una norma que resulta ser regresiva de derechos a los trabajadores, tanto más que la jubilación patronal es uno de los pilares del derecho laboral, que como se vio con antelación, resulta inaudito que por una parte, se fije como pensión jubilar a través de una ordenanza, el pago de US $40,00 y US 50,00 como pensión jubilar mensual, y por otra parte, si se considera las disposiciones generales para todos los trabajadores, en el caso en particular, se obtiene el valor de $ 270.26 como pensión jubilar mensual.*[11] *".*

Por lo dicho, ante la contraposición normativa advertida, de acuerdo con el criterio jerárquico

[11] Véase sentencia correspondiente a Juicio No. 11335201900049, en el que la Juzgadora ponente de esta causa fue parte del tribunal.

establecido en el artículo 425 de la Constitución, la disposición legal, al ser superior, derrota a la ordenanza, que es inferior. Siendo que, en este caso, la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo para determinar la pensión jubilar mensual, garantiza tanto la aplicación y cumplimiento de una norma superior como del derecho ahí regulado en favor del ex trabajador.

Sin dejar de insistir además que –como se ha transcrito esta sala de casación resolvió un caso análogo en contra de la misma entidad ahora demandada. Y al no existir razones para contradecir dicho criterio, se debe ratificar la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo por sobre la *"Ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas"* de 06 de marzo de 2017. Decisión que, por un lado, precautela el derecho a la seguridad jurídica, al garantizar una solución previsible que había sido empleada en un caso similar al actual. Y, por otro, resguarda el derecho del actor a la igualdad formal previsto en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución, pues, antes patrones fácticos y jurídicos similares, la resolución sigue el mismo criterio anterior.

En razón del análisis que antecede, se acepta las infracciones alegadas con respecto al artículo 216 del Código de Trabajo; aceptando así el recurso extraordinario de casación presentado por el actor con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

OCTAVO. LIQUIDACIÓN:

8.1 Como antes se dijo, la relación laboral inició 01 de junio de 1981 y finalizó el 15 de mayo de 2017. Es decir, desde el 16 de mayo de 2017 el actor tiene derecho a percibir como pensión jubilar mensual la cantidad de **$251,80.**

Vale señalar que, en su demanda el actor reclama por concepto de pensión jubilar mensual la cantidad de USD $248,85; esto es, un rubro inferior al que realmente le corresponde. Al respecto es de advertir que, en su momento el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, al referirse al segundo inciso del actual artículo 616 (anterior artículo 593) del Código del Trabajo, que decía: *"En ningún caso podrá mandarse a pagar al reclamante una cantidad mayor a la fijada como cuantía del juicio";* resolvió sobre la constitucionalidad de esta norma, expresando que esto, *"(…) implica un detrimento de los derechos del trabajador que han sido reconocidos en sentencia, lo que constituye una violación a las garantías constitucionales contempladas en los literales a) y c) del Art. 31 de la Constitución Política del Estado; (…)";* por lo que, suspendió sus efectos por inconstitucionalidad de fondo[12].

En un caso similar, y fundamentándose en la antes citada resolución, esta sala de casación concluyó lo siguiente: *"(…) es obligación del juez/a o tribunal, reconocer a favor del trabajador/a, todas las consecuencias jurídicas que derivan de un hecho legalmente establecido en el proceso, concediéndole incluso derechos de mayor cuantía a los reclamados en la demanda; pues en materia laboral, la cuantía fijada en la demanda no es un límite infranqueable, cuando se trate de satisfacer a plenitud los derechos del trabajador/a, que de acuerdo con la Constitución y la ley, son intangibles e irrenunciables y gozan de protección especial en el ámbito judicial y administrativo. Criterio que en lo sustancial lo que propugnan es que, probado en juicio el o los derechos del trabajador/a, si la cuantificación sobrepasa el monto fijado en la demanda, el error en el que incurre la defensa técnica al limitar las reclamaciones a una cuantía menor, no justifica negar a la trabajadora el reconocimiento de todas las consecuencias jurídicas, que derivan del reconocimiento de un derecho, siendo imperativo para el juez/a este reconocimiento. Interpretación y aplicación de las normas del derecho social, que a la luz de los principios rectores en los que se inspiran, que lo buscan (…) es la protección de los derechos laborales en base a una interpretación eficaz y adecuada de las normas, de manera que al salvar las omisiones insustanciales, permita su realización efectiva, respetando por cierto el ordenamiento jurídico instituido, que en este caso, de ninguna manera ha sido vulnerado, pues el fallo de apelación, cuenta con la motivación y*

[12] Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 2 de abril de 1991, y publicada en el Registro Oficial N°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 de Trabajo" con fecha 13 de noviembre de 1991, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 817 de fecha 21 de noviembre del mismo año, cuyo artículo 79 deroga el segundo inciso del artículo 593.

justificación necesarias, que en las circunstancias del caso concreto es acertado, pues al aplicar la norma a los hechos probados y conceder el derecho reclamado en el monto que efectivamente le corresponde a la trabajadora, de acuerdo con la liquidación practicada, no se excede en la pretensión demandada. (…)"[13].

De lo dicho entonces, si de la prueba constante en autos se tiene un valor superior al reclamado en la demanda y correspondiente a un derecho determinado–como en este caso la pensión jubilar mensual-el juez/a laboral debe reconocer tal valor superior. Esto considerando el especial tratamiento del derecho laboral dentro del marco constitucional donde se ha estipulado principios que irradian el vínculo de trabajo, y en virtud de los cuales, tanto las autoridades judiciales como administrativas deben otorgar al trabajador una debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.

Traduciéndose esta protección en verificar el efectivo y completo cumplimiento de los derechos que le corresponden a los trabajadores. Por tanto, reconocer una cuantía superior a la señalada en la demandada no configura el vicio de *ultra petita*, dado que en materia laboral la cuantía señalada en la demandada es únicamente estimativa respecto de las obligaciones reales del empleador. Además, los hechos afirmados o negados por los sujetos procesales, están sujetos a prueba, por tanto, si el resultado de la determinación o cuantificación objetiva es mayor o menor, no afecta ni incide en la sentencia.

8.2 En este punto, considerando el valor **USD $251,80**, se procede a calcular las pensiones jubilares vencidas desde el 16 de mayo de 2017 hasta la actualidad (septiembre de 2021):

De 16 de mayo a diciembre de 2017 = $1.773,66
Por el año 2018= $3.021, 6
Por el año 2019= $3.021, 6
Por el año 2020= $3.021, 6
De enero a septiembre de 2021= $2.266, 20
Subtotal= $13.104,66

Por décima tercera pensión jubilar, la cantidad de $1.097,56
Por décima cuarta pensión jubilar, la cantidad de $1.553,96
Total = $15.756,18.

Al total de **USD $15.756,18** se debe restar la cantidad pagada de USD 720,00 constante de fojas 41 a 47 y que se ha justificado como pagadas en favor del actor. Lo que resulta en un total de pensiones vencidas de **USD $15.036,18**. A este último valor se deberá descontar cualquier otra cantidad que por pensión jubilar mensual hubiere cancelado la entidad demandada al ex trabajador desde el 16 de mayo de 2017 fecha en que accedió a tal derecho hasta la actualidad.

NOVENO. DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por el actor en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 23 de diciembre de 2019, las 11h59. En este orden de ideas, ordena que la parte demandada, tal como ha sido requerida, pague a favor de Carlos Jumbo Jumbo la cantidad **de QUINCE MIL TREINTA Y SEIS CON 18/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $15.036,18)** más los intereses en los rubros que correspondan. Cantidad de la que se deberá descontar cualquier otro valor que por pensión jubilar mensual hubiere cancelado la entidad demandada al ex trabajador desde el 16 de mayo de 2017 fecha en que accedió a tal derecho hasta la actualidad. Se fija como pensión mensual vitalicia en favor de la ex trabajadora **USD $251,80;** rubro que deberán percibir los herederos del demandante hasta un año después de su fallecimiento de conformidad con el artículo 217 del Código de Trabajo. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

f) Dra. Katerine Muñoz Subia, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Alejandro Magno Arteaga García, JUEZ NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL

[13] Criterio que consta en la sentencia dictada en el Juicio No. 741-2015.

VII

Juicio Nro. *09359-2019-00072*
Resolución Nro. *323-2021*
Fecha: *martes 12 de octubre de 2021, las 14h34*

TEMA: Despido injustificado de quien tuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad.

ASUNTO

El accionante en su demanda impugna la resolución administrativa de visto bueno otorgada a favor de su empleador por la Inspección del Trabajo de Guayas, que dio por terminada la relación laboral, alegando que en el trámite de visto bueno no se le citó en su domicilio, en la dirección que consta registrada en el Departamento de Recursos Humanos, causándole indefensión.

Entre uno de los rubros que demanda se encuentra la indemnización por despido injustificado por estar a cargo de la manutención de una persona con discapacidad, determinado en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, discutiéndose dentro del proceso si es necesario para su procedencia que el empleador haya conocido previamente de esta situación.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de la Unidad Judicial del Trabajo de Guayas, en su sentencia, considera que efectivamente se justificó el argumento de la impugnación de la resolución de visto bueno, al no haberse citado al trabajador en su domicilio, declarando con lugar la demanda y disponiendo el pago de la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio, décimo tercera remuneración, decima cuarta remuneración, vacaciones y la indemnización del art. 51de la Ley Orgánica de Discapacidades.

En cuanto al último de los conceptos, el tribunal expresa que se demostró que el accionante tenía bajo su cuidado a su hija, la cual posee una discapacidad del 87%, y que el empleador conocía de esta situación, por lo que se cumplen los requisitos para establecer el pago de la indemnización correspondiente.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas acepta parcialmente el recurso de apelación propuesto por la parte demandada, al considerar que no procede el pago de la indemnización especial por despido injustificado, prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, por cuanto el actor debió demostrar que tiene a su cargo la manutención de una persona con discapacidad y que aquello estaba en conocimiento del empleador, además de cumplir los presupuestos legales del Art. 48 ibídem; teniendo en cuenta que el demandante, mediante declaración de parte, aceptó que recién comunicó a la entidad empleadora en febrero de 2016 sobre la discapacidad de su hija.

El tribunal de segunda instancia resolvió desestimar esa pretensión y reformar la sentencia, sin incluir la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-00072

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, martes 12 de octubre de 2021, las 14h34.
VISTOS:
I. Antecedentes
En el juicio laboral seguido por César Francisco Espinoza Rodríguez en contra del Gobierno Provincial del Guayas –en adelante GAD de Guayas -, en las personas de Mónica Elizabeth Becerra Centeno y Milton Carrera Taiano, en sus calidades de Prefecto Provincial del Guayas y Procurador Síndico, así como a la Procuraduría General del Estado; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Guayas dictó sentencia el 05 de diciembre de 2019; las 16h03, que reforma la subida en grado, declarando con lugar las pretensiones respecto a la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio contemplados en el Código del Trabajo, despido intempestivo de la contratación colectiva y otros haberes laborales, y declarando sin lugar la indemnización contenida en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
II. Actos de sustanciación del recurso de casación
Inconforme con esta decisión, tanto la parte actora como la demandada presentaron recursos de casación respectivamente, siendo admitido a trámite única y parcialmente el interpuesto por la parte actora en lo que respecta al ***caso quinto del art. 268 del COGEP***, mediante auto de fecha 16 de octubre de 2020; las 12h08, por la Doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional (t). Posteriormente, la causa pasó mediante sorteo efectuado el 16 de septiembre de 2021, a conocimiento de este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por las Juezas Nacionales: Doctora Enma Tapia Rivera (ponente), Doctora María Consuelo Heredia Yerovi y Doctora Katerine Muñoz Subía.
III. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada
Con respecto al cargo admitido en el recurso de casación presentado por la parte actora en contra de la sentencia de apelación, bajo el ***caso quinto del art. 268 del COGEP***, se alega la errónea interpretación del art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en relación con los arts. 11, 169, 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República; arts. 4, 5 y 7 del Código del Trabajo; art. 4 de la Ley Orgánica de Discapacidades y art. 5 de su Reglamento; art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.
Dentro de los fundamentos esgrimidos por la parte actora, se alega principalmente que los jueces de apelación no reconocen la indemnización contenida en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, a pesar de que se declaró el despido intempestivo como forma de terminación de la relación laboral y la norma de manera diáfana establece: "En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad ***o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad***, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente […]" (énfasis fuera de texto); por lo que, de forma errónea interpretan que la referida garantía procede únicamente a favor de los trabajadores calificados como sustitutos según el art. 48 de la normativa en cuestión. Para una mejor comprensión, se transcribe el fundamento principal:

> "[…] Señores magistrados, el accionante en la presente causa fue contratado por el Gobierno Provincial del Guayas, no para cumplir la exigencia del personal mínimo con discapacidad, fijado en el 4%, que posteriormente se incluiría en la Ley Orgánica de Discapacidades, promulgada en el II Suplemento del R.O. 145 de 17-Dic-2013, mi contrato de trabajo data del 1 de julio de 1997 por mi propio derecho constitucional de trabajo, jamás fui contratado como trabajador con calidad de sustituto, puesto que mi hija nació el 16 de octubre del 2006, estando siempre a mi cargo y cuidado lo que me hace pertenecer al grupo de personas que tienen a su cargo la manutención de una persona con discapacidad con derecho

a la indemnización del art. 51 Ley Orgánica de Discapacidades, que me niega la Sala. […]"[1]

IV. Jurisdicción y Competencia

Corresponde el conocimiento y resolución de esta causa al Tribunal de casación en mención, de conformidad con las resoluciones N° 01-2018[2] y N° 002-2021,[3] emitidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra del expediente de casación que se lo realiza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial 38, Suplemento, de 17 de julio de 2013. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 184 y 191 numeral 1 del COFJ; y, 269 del COGEP.

V. Validez procesal

Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades sustanciales, legales y constitucionales para que la causa sea considerada válida procesalmente. Por lo que se declara válido el proceso.

VI. Audiencia y fundamentos de los recursos de casación

Según las disposiciones contenidas en el art. 168.6 de la CRE, 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; por lo que este Tribunal según las disposiciones del art. 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el martes 28 de septiembre de 2021; las 15h00; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 273 *ibídem*.

VII. Problema jurídico a dilucidar

Una vez plasmada la fundamentación del recurso que fue sustentado en audiencia, este Tribunal deberá resolver el tema medular de la impugnación, cual es:

Dilucidar si es o no procedente a favor del trabajador el pago de la indemnización contenida en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades al encontrarse a su cargo la manutención de una persona en situación de discapacidad.

VIII. Resolución respecto a las impugnaciones presentadas

PRIMERO. - Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario remitirnos previamente a lo expuesto por el tribunal de apelación en su fallo, transcribiendo a continuación la parte principal:

"[…] e).- Respecto de la indemnización especial por despido injustificado, se realizan las siguientes acotaciones: e.1).- El Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que prescribe: "Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.", no obstante para demostrar que se tiene a cargo a una persona con discapacidad, y que ello está en conocimiento del empleador, se deben cumplir los presupuestos legales del Art. 48 ibídem, que prescribe: "Sustitutos.- Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una (1) persona por persona con discapacidad. Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. (…)". e.2).- A través del Acuerdo Ministerial No.

[1] Ver recurso de casación que obra a fs. 95-98 del cuaderno de segunda instancia.
[2] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 01-2018, de 26 de enero de 2018, relativa a la integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.
[3] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 02-2021, de 05 de febrero de 2021, sobre la nueva integración de las seis salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

MRL-2013-0041 del 04 de marzo de 2013, publicado en el Registro Oficial Suplemento 909 del 11 de marzo de 2013 (vigente al momento del despido del demandante), se expidió el Reglamento para el registro de trabajadores sustitutos de personas con discapacidad, siendo que el demandante no ha demostrado procesalmente que puso en conocimiento de su empleadora la situación de su hija y que realizó la respectiva declaración juramentada, para que la hoy demandada pueda dar cumplimiento al Art. 4 del referido acuerdo Ministerial, que prescribe: "Del procedimiento para el registro de trabajadores sustitutos.- La o el empleador tendrá que registrar al trabajador (a) sustituto (a) en el Ministerio de Relaciones Laborales; para el efecto deberá remitir al correo electrónico: registrosustitutos@mrl.gob.ec, la siguiente documentación escaneada a color en formato PDF: 1. Certificado de Discapacidad Severa otorgado por el CONADIS o Ministerio de Salud Pública. 2. Carné de Discapacidad emitido por el CONADIS. 3. Declaración Juramentada celebrada ante un notario público en la cual declare que el trabajador sustituto es pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho legalmente constituida, representante legal o que tenga bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, que sea padre, madre o representante legal de una niña, niño o adolescente con discapacidad. 4. Contrato de trabajo debidamente legalizado ante el Ministerio de Relaciones Laborales. 5. Cédula de la persona con discapacidad. 6. Cédula del trabajador sustituto. 7. Papeleta de votación del trabajador sustituto. 8. En el caso de niños o niñas se deberá adjuntar la partida de nacimiento. Una vez verificada y validada la información, el Ministerio de Relaciones Laborales procederá al registro, para lo cual el respectivo Director(a) Regional del Trabajo, emitirá la correspondiente resolución.", por ende habiendo aceptado el demandante mediante declaración de parte, que recién comunicó de a la entidad empleadora en febrero de 2016 sobre la discapacidad de su hija, se desestima esta exigencia. […]"[4]

SEGUNDO.- En relación al caso quinto del art. 268 del COGEP, alegado por la casacionista como fundamento de su recurso interpuesto, es necesario precisar, que el vicio de juzgamiento o "in iundicando", contempla los supuestos de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho o precedentes jurisprudenciales obligatorios que incidan en la sentencia, se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido, y que de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene.

En términos generales, en casación no está permitido revalorar la prueba, y en relación a ésta causal, revisar nuevamente hechos que ya se encuentran establecidos en la sentencia y que se dan por aceptados, pues ésta esencialmente apunta a demostrar jurídicamente la vulneración propiamente dicha de normas de derecho por parte del juzgador/a al dictar sentencia, que se produce según la doctrina y jurisprudencia aceptada, en el proceso de reducir los hechos a las normas o enunciados jurídicos mediante el proceso de subsunción, es decir normas de derecho sustantivo que resulten aplicables.

TERCERO.- Sobre el recurso de casación interpuesto por la parte actora:

Teniendo en cuenta que la discusión procesal de esta causa versa sobre un trabajador que tiene a su cargo la manutención de una persona en situación de discapacidad y de los derechos laborales del trabajador que está a su cargo, este Tribunal considera imprescindible realizar algunas precisiones respecto a los diferentes tratos y percepciones sociológicas que se le han dado históricamente al tema discapacidad, y cuyas miradas han servido de

[4] Ver sentencia de apelación que obra a fs. 14-16 del expediente de segunda instancia.

base para la estructuración política y jurídica de los estados, estructura que tiene implicancia directa en los derechos de este grupo poblacional.

Dentro del orden jurídico interno, la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Discapacidades, en sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en gran parte de sus textos normativos tiene implícito el modelo social de la discapacidad. Así, por un lado, teniendo en cuenta la opresión y segregación sufridas por las personas en situación de discapacidad, se las incluye como un grupo vulnerable y de atención prioritaria en cuyo favor se han establecido políticas de acción afirmativa con el propósito de crear espacios de participación de los que antes se encontraban excluidos; y por otro lado, el orden jurídico establece unos principios que fomentan la autodeterminación y que están en procura de alcanzar un nivel de autonomía que permita desarrollar un proyecto de vida; así como fomentar el efectivo goce de los derechos constitucionales.

El nuevo paradigma constitucional adoptado por el Ecuador, dentro de la parte material, 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 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 en situación de discapacidad, y establece la garantía de que el Estado, procure la equiparación de oportunidades e integración social de este grupo poblacional, reconociendo -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); asimismo 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).

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 encontraren las personas en situación de discapacidad, para cuyo efecto se tendrá en cuenta el contexto real y las condiciones humanas de vulnerabilidad en que esté la persona, para garantizar el ejercicio de los derechos propios de su caso particular (artículo 17); asimismo, 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 laboral especial de la persona o de quien estuviere a cargo de su manutención (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).

CUARTO.- Del análisis que antecede, corresponde examinar si la situación de discapacidad de quien estuviere a su cargo la manutención, es un hecho que la persona trabajadora debe comunicar necesariamente a su empleador como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y/o demostrar tener la calidad de sustituto, para lo cual se insiste, que la disposición de esta norma, únicamente establece el presupuesto de la garantía de estabilidad laboral reforzada para personas en situación de discapacidad ***o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad***; es decir, afianza el derecho de estabilidad laboral ya previsto en el art. 14 del Código del Trabajo, sin que se requiera otro requisito o cumplimiento legal.

Al contrario, esta disposición en referencia se constituye como un complemento de importante desarrollo de los arts. 11.2, 47.5 y 330 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su orden establecen: prohibición de discriminación por condición de discapacidad; la garantía de acceso al trabajo de personas en situación de discapacidad en igualdad de condiciones y de manera remunerada en igual trato que a otras personas trabajadoras que ejecuten la misma actividad.

En este sentido, este Tribunal de casación considera que respecto al art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad, el primer inciso, contempla – como ya se manifestó- la garantía de estabilidad reforzada; el segundo inciso, prevé a su vez, una indemnización por la vulneración de esa garantía. Se debe precisar, que el legislador ha advertido que la indemnización procede siempre que la terminación de la relación laboral sea de carácter injustificado o arbitrario; esto significa, que una relación

laboral entre una persona empleadora –natural o jurídica- y una persona trabajadora en situación de discapacidad o si está cargo de la manutención de una persona en situación de discapacidad, puede terminarse por razones justificadas y legales, caso en el que, como es obvio, la indemnización no procederá.

En el presente caso, no está en discusión ni forma parte del objeto del presente recurso de casación, el despido intempestivo contemplado en el art. 188 del Código del Trabajo, que ha sido reconocido como forma de terminación de la relación laboral en la sentencia dictada por el Tribunal de apelación.

Entonces, de la disposición en estudio, se establece que para la procedencia de la indemnización por estabilidad especial, no se contempla el requisito de notificación al empleador sobre la situación de discapacidad en ninguno de los dos presupuestos, por tanto, de acuerdo a una interpretación *pro homine* y de favorabilidad para el ejercicio de los derechos de las personas, el quehacer jurisdiccional no puede crear barreras ahí donde la Constitución ni la ley lo han hecho. La interpretación realizada por el Tribunal *ad quem*, implica crear un requisito no establecido en la Constitución ni en ley, y por tanto, resulta improcedente. Exigir requisitos no previstos en la Constitución o en la ley atenta contra los principios de aplicación de los derechos (art. 11 núm. 3, 4, 5, 6 y 8 CRE).

Es mucho lo que se ha debatido sobre el caso de despido injustificado de una persona en situación de discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona en situación de discapacidad, sin embargo, no hay dudas de que conforme a los principios del derecho laboral, corresponde realizar una interpretación en el sentido más favorable al trabajador. Por lo que, para este Tribunal de casación, el espíritu de la norma parece muy claro: ***extender la protección de estabilidad de un trabajador/a quien tuviere a su cargo la manutención de la persona en situación discapacidad***; realizar otro tipo de interpretación resulta poco amplia y desactualizada, conforme a las pautas y valores sociales que se propugnan en nuestra Constitución y en la ley.

Como se vio, el requisito de notificación no consta previsto en la ley, por tanto, además de un ejercicio hermenéutico de favorabilidad ya analizado, por el propio postulado constitucional de seguridad jurídica no se podrían aplicar requisitos no previstos, esto implicaría actuar en contra de lo que el recurrente alega; dicho de otro modo, si existe una norma clara, previa, pública y conocida en la que no se exige el requisito de notificación, entonces, por el principio de seguridad jurídica, no se puede adicionar una condición a lo establecido con anterioridad. Finalmente, la situación de discapacidad de la hija del accionante de esta causa no es supuesta, sino que, se encuentra debidamente acreditada con los documentos habilitantes para el efecto, conforme lo demuestra el carné del CONADIS y certificado de discapacidad del Ministerio de Salud Pública, en el cuál se especifica que la discapacidad es física del 87% muy grave y que el período de adquisición es congénito/prenatal (fs. 251 del expediente de primera instancia).

QUINTO.- Ahora bien, respecto a lo expuesto en la sentencia impugnada, el tribunal de apelación en primer lugar, afirma que el accionante para demostrar que tiene la manutención a cargo de una persona en situación de discapacidad, debe cumplir los presupuestos legales contenidos en el art. 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades; por lo que, enfatiza que para que sea acreedor de la indemnización reclamada, era necesario y obligatorio como requisito previo, dar a conocer a su empleador de la discapacidad de la persona de quien es sustituta al tenor del art. 4 del Reglamento de Discapacidad. Determina también que, el mismo accionante mediante declaración de parte, ha reconocido que recién comunicó a la entidad empleadora en febrero de 2016 sobre la discapacidad de su hija. Por lo que, concluye que no es procedente la orden de la indemnización del art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, por no cumplir los requisitos previstos en la Ley.

Este Tribunal de casación en razón de los argumentos vertidos en la sentencia de apelación, considera necesario analizar la diferencia que existe entre ser un trabajador que está a cargo de la manutención de una persona en situación de discapacidad, lo cual está contemplado en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; y ser un trabajador, que labora en calidad de sustituto de una persona en situación de discapacidad severa, al tenor del art. 48 *ibídem*.

Respecto al primer presupuesto, cabe determinar que no solo las y los trabajadores en situación de discapacidad son titulares de los beneficios previstos en el art. 51 LOD, ***sino que esta garantía se extiende también a las y los trabajadores que tienen bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona en situación de discapacidad***. La norma ordena que: "[…] En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o ***de quien***

tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. […]", la cual se declaró su constitucionalidad condicionada mediante sentencia N° 172-18-SEP-CC (R.O. E.E. 61, 11-IX-2018) emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Por lo que, para tener derecho a la indemnización prevista, basta que el trabajador haya sido despedido y que demuestre que tiene a su cargo una persona en situación de discapacidad. Por otra parte, en lo referente del artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades, se ordena:

Sustitutos.- Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una persona por persona con discapacidad […] Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento […] Las y los empleadores no podrán contratar más del cincuenta por ciento (50%) de sustitutos del porcentaje legal establecido […].

De lo establecido en esta norma, el sustituto es la persona que forma parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral de conformidad con el reglamento de la LOD. Se considerarán como sustitutos a las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado ***a una persona con discapacidad severa (más del 75%)***, para cuyo efecto, tendrá que observarse lo establecido en el Reglamento para el Registro de Trabajadores Sustitutos de Personas con discapacidad, expedido por el Ministerio de Trabajo, mediante el Acuerdo Ministerial MRL¬2017¬0108, publicado en el Registro Oficial No. 82, de 19 de septiembre de 2017, que define en el artículo 3 a los trabajadores sustitutos, y en el 4 establece los requisitos y el procedimiento para su registro.

En este sentido, de los dos presupuestos que se intenta clarificar, se dilucida que respecto al art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, el único requisito previo y necesario es la existencia del despido intempestivo sin justa causa y ser una persona en situación de discapacidad ***o tener a cargo la manutención de una persona en situación de discapacidad***. En ningún momento se establece que quien tenga a su cargo la manutención de una persona en situación de discapacidad deba acreditar la calidad de sustituto, que como se puede observar resulta ser un parámetro distinto, con fines sociales diferentes, ya que existen requisitos legales previos que deben ser cumplidos para ser parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, conforme el inciso segundo del art. 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

SEXTO.- De lo analizado, este Tribunal de casación, por las consideraciones vertidas a lo largo de este fallo, acepta el recurso de casación planteado por el actor conforme ***el caso quinto del art. 268 del COGEP***, y en consecuencia, acepta el pago de la indemnización contenida en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, tomando en cuenta la mejor remuneración percibida por el trabajador según el historial del IESS, que obra a fs. 225 del expediente de primera instancia:

Liquidación: US. $1,323.75*18= ***US. $23.827,50***

IX. DECISIÓN

Por los argumentos vertidos en la presente sentencia, este tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia resuelve **"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 el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Guayas de fecha 05 de diciembre de 2019; las 16h03, y se ordena además de los valores contenidos en esta sentencia, el pago de ***US. $23.827,50*** por concepto de la indemnización por estabilidad contenida en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; en todo lo demás, se estará conforme a lo dispuesto en la sentencia de apelación. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.- **Notifíquese.-**

f) Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *09359-2019-02778*
Resolución Nro. *372-2021*
Fecha: *viernes 19 de noviembre del 2021, las 15h17*

TEMA: Acoso laboral.

ASUNTO

Olga Elizabeth Mori Bustamante presenta demanda laboral en contra de la compañía "E MAULME C.A"., manifestando que el gerente general constantemente ha demostrado actos de acoso laboral en su contra, asignándole responsabilidades con exceso de carga laboral, que han afectado de forma progresiva su salud. La demandante señala que ofrecieron bajarle la carga laboral, pero nunca lo cumplieron, que, al contrario, sin ninguna consideración, esta se agudizó y su trabajo se incrementó, encargándole gerencias y un sinnúmero de actividades ajenas a su función, las cuales cumplía por conservar el trabajo, pero que esta situación siguió afectando su salud, teniendo que estar constantemente en controles médicos.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil determina en su sentencia que la resolución administrativa de visto bueno no está motivada y señala que de las pruebas no se logra demostrar la existencia de un despido intempestivo por acoso laboral, por lo que dispuso el pago solamente de los haberes pendientes que correspondían a la trabajadora, aceptando parcialmente la demanda.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Guayas coincide con lo aseverado y resuelto por el juez a quo, con respecto a haberse desvirtuado la causal invocada, esto es, el acoso laboral afirmado por la actora y que fue aceptado por la autoridad administrativa en la resolución de visto bueno, que dio por finalizada la relación de trabajo existente entre los debatientes, por lo que niega las indemnizaciones contenidas en los artículos 191 y 195.3 del Código del Trabajo, así como la ordenada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Con esta base, el órgano jurisdiccional negó el recurso de apelación formulado por la accionante.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-02778

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Fecha: 19 de noviembre del 2021.
VISTOS: ANTECEDENTES:

a) Relación de la causa impugnada: En el juicio laboral seguido por Olga Elizabeth Mori Bustamante en contra de la Compañía Maulme C.A., representada por Álvaro David Nogales Y Platón, en calidad de gerente general y Temístocles Patricio Sevilla Cobo, Presidente, a quienes demandada por sus propios derechos y por los que representan; la Sala Especializada

de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia de mayoría el 16 de noviembre de 2020, a las 15h56 y, resolvió:

"negar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; consecuentemente se confirma por mayoría la sentencia venida en grado, incluyendo los valores ordenados a pagar por el juzgador de primer nivel. Sin costas ni honorarios en esta instancia."

b) Actos de sustanciación del recurso: Inconforme con esta decisión, la parte actora interpone recurso de casación por los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, se realiza el sorteo de ley, correspondiendo el conocimiento de la fase de admisibilidad al Conjuez doctor Julio Arrieta Escobar, quien mediante providencia de 12 de marzo de 2021, las 09h47, aceptó a trámite el recurso de casación, en los siguientes términos:

*"(…) Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por la actora Olga Elizabeth Mori Bustamante. Por lo tanto, de conformidad con el Art. 270inciso tercero del COGEP, se corre traslado a la contraparte para que en el término*163616543-DFE *de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. En lo demás, una vez fenecido el término legal, con la contestación o sin ella, por secretaría remítase el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso (…)";* siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; inciso quinto del artículo 183, numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

Según obra del acta de sorteo de 20 de septiembre de 2021, a las 09h20, la competencia para conocer este proceso correspondió al tribunal conformado por: Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; Dra. Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional y, Dra. Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional. Todo ello en conformidad con la resolución No. 072019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas.

SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.- No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO. ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el día jueves 4 de noviembre de 2021, a las 09h00; escuchadas las partes y de conformidad con lo establecido en el artículo 93 ibídem se suspendió la decisión oral para el jueves 18 de los mismos mes y año, fecha en la cual el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 del Código Orgánico General de Procesos; hecho lo cual, en base a las disposiciones legales pertinentes, se procede a emitir la resolución escrita en los siguientes términos:

CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.1. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "[…] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de […] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio […]"(Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta

manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarrea implícitamente el segundo, sin embargo, el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

4.2. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA MOTIVACIÓN

AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, 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 inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

La motivación se constituye en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

"[…] 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 […]" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007).

Por otra parte, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan sindéresis y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales y leyes existentes, que genere seguridad y certeza a las partes.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. El recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo el cual considera el casacionista se han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 33, 424 y 425 de la Constitución de la República; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 63 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 158, 164, 169 y 199 del Código Orgánico General de Procesos; 46, 173 numeral 4, 183, 191 y 195 numeral 3 del Código del Trabajo; 10 de la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y, 331 de la Constitución de la República.

5.1. ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN BAJO EL CASO CUARTO. Con fundamento en este caso quien recurre manifiesta:

- Que presentó una solicitud de visto bueno, ante la Inspectoría de Trabajo, signada con el N° 2837422019 por los continuos actos de acoso laboral recibidos por parte del Gerente General de la Compañía E. Maulme C.A. señor Álvaro Nogales Y Platón, amparada en lo establecido en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo, mismo que fue concedido a su favor, según consta de la Resolución dictada por el Inspector de Trabajo, abogado Alberto Aguilera, de 20 de agosto de 2019, fecha en que terminó la relación laboral por visto bueno acorde a lo establecido en el artículo 169 numeral 8 del Código del Trabajo, sin que se le hayan cancelado las indemnizaciones, como los artículos 185, 188, 191 y 195 numeral 3 del Código del Trabajo, a pesar de que se comprobó que tal fue el estrés laboral producido por el acoso laboral que le ocasionó una discapacidad, por lo que también reclama la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
- Añade, que en el trámite de visto bueno, se demostró que Álvaro Nogales Y Platón, de la compañía accionada constantemente ha demostrado actos de acoso laboral en contra de la señora Olga Mori, asignándole responsabilidades con

excesiva carga laboral que fueron afectando progresivamente su salud.

- Aduce también, que el 30 de junio de 2016, viajó por cuestiones de trabajo a una sucursal de la empresa E. MAULME C.A. ubicada en la ciudad de Machala, a cumplir con funciones en las agencias de esta compañía sufriendo desde ese día un quebranto en la salud, repentinamente perdió la visión del ojo izquierdo, fue trasladada a una casa de salud, por la Coordinadora Administrativa Fernanda Zumba, era tan delicado el estado de salud que tuvo que regresar de urgencia hasta Guayaquil con un chofer, inmediatamente se le comunicó de este evento a la JEFE DE TALENTO HUMANO, señora Carla Quimi y Gerente General, señor Álvaro David Nogales Y Platón, quienes para mayor transparencia, coordinaron una cita médica en el seguro social, en la consulta en un Dispensario del IESS del Centro de la ciudad donde fue atendida el 4 de julio de 2016, siendo diagnosticada por el médico por situaciones de estrés laboral debido a la carga de trabajo que tenía. Ante esta situación, la Jefe de Talento Humano, Carla Quimi, con conocimiento del señor Nogales Y Platón, gerente general, le comunicó que resolvieron se le bajaría la carga laboral debido a su estado de salud, cuestión que nunca ocurrió, al contrario se incrementó y le seguían encargando gerencias, y un sinnúmero de actividades ajenas a sus funciones contractuales, que accedía a cumplirlas por conservar su trabajo, pero esta situación continuaba afectando a su salud, teniendo que estar constantemente en controles médicos, motivo por el cual tuvo una recaída el 11 de octubre de 2018, y otra el 15 de mayo de 2019, y fue atendida por médicos especialistas del seguro social IESS.
- Que como le seguían asignando actividades ajenas a las actividades y funciones por las cuales fue contratada, se le encarga la gerencia operativa y con el transcurso del tiempo le iban incrementando adicionales, correspondientes a la gerencia de ventas, gerencia de postventa, departamento de cartera, que son muy complejas e incluso órdenes de trabajo de otras empresas ajenas a E. MAULME C.A. como es la Compañía AUTOFACTOR, que toda esta situación quedó evidenciada tanto en el trámite de visto bueno como en las actuaciones probatorias en primera instancia.
- Que en virtud de lo antes manifestado, el servidor público administrativo del trabajo, resolvió conceder el visto bueno determinando la existencia de la causal cuarta del artículo 173 del Código del Trabajo, por acoso laboral, quien procedió de acuerdo con la ley, sin infringir las normas de la Constitución de la República ni el Código del Trabajo, en consecuencia la resolución administrativa goza de la presunción de validez y eficacia para autorizar la terminación de la relación laboral entre los debatientes, por lo que solicita el pago de las indemnizaciones derivadas del visto bueno, por acoso laboral y por la discapacidad.
- Luego de manifestar los vicios que comportan el caso cuarto, y citar un extracto de la sentencia recurrida, precisa que de una manera sorprendente y haciendo tabla rasa de las normas establecidas en los artículos 158, 164, 169, 186 y 189 del COGEP, caen en *error in judicando* por violación indirecta que influyó en la decisión adoptada, al no aplicar el principio de valoración de la prueba, imperativo para los casos de acoso laboral, y que se refieren a la carga de la prueba, que admite el artículo 169 inciso sexto ibídem, que dice: *"También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley*", por lo que la norma que debió aplicar en la especie, es la que consta en el inciso cuarto del numeral 4 del artículo 173 del Código del Trabajo, de la que se infiere que la carga probatoria le correspondía a la parte demandada en este juicio y no como determinó el Tribunal ad quem: "…si los hechos en cuestión ocurrieron o no, DADO QUE EN LA ESPECIE LA DOCUMENTACIÓN AGREGADA Y PRODUCIDO POR LA ACTORA HA SIDO IMPUGNADA POR SER DOCUMENTOS SIMPLES …"; es por esta valoración de la prueba diminuta, cercenada por ser parte del trámite de visto bueno y sesgada, presentada por la parte actora a quien no le correspondía, se desestimó la causal del acoso laboral que la actora sufrió al final de su relación de trabajo.
- Precisa que el Tribunal ad quem hizo referencia a un fallo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, con el fin de definir el acoso laboral, por lo que cita lo dicho por su contraparte ecuatoriana en la publicación RCC 292RS85404/ oct/2016.

- Manifiesta también, que la sentencia de mayoría vicia el principio de unidad probatoria establecido en el artículo 164 del COGEP, al aludir los jueces de instancia, que las pruebas documentales de la actora no son concluyentes, inequívocas para determinar que efectivamente existió acoso laboral, por lo que no existe unidad de elementos probatorios que conllevan al convencimiento de los juzgadores que no existió el acoso laboral.
- Añade que las pruebas producidas por la parte actora, fueron: a) Visto bueno N°2837422019 impreso y en CD; b) Copia del carné de discapacidad a favor de la actora; c) Rol de pago de la actora con la cual acredita que percibía USD. 2.500,00. La prueba documental consistente en el trámite de visto bueno que declara la terminación de la relación de trabajo por acoso laboral, es congruente con las pretensiones de la actora, esto es que se pague las indemnizaciones de conformidad con lo que ordena el artículo 191 del Código del Trabajo, en este sentido, la copia certificada íntegra del trámite de visto bueno, era la prueba pertinente, útil y conducente para justificar tal pretensión.
- Que el artículo 164 del COGEP, exige que la prueba sea apreciada en su conjunto, es decir todo el trámite de visto bueno, el mismo que contenía no solo las copias supuestamente simples incorporadas, sino también las declaraciones testimoniales de parte y testigos.
- Que la Sala de apelación, no apreció la prueba testimonial, cuando la deponente Quimi Cueva, fue consultada acerca de si la actora firmó el manual de funciones de E. Maulme, ella finalmente declaró que lo firmó mediante un "link" y que además, aceptó que tenían comunicaciones por correo electrónico con Álvaro Nogales, Gerente General de Maulme, tantas que no pudo identificar si le copiaban correos que iban dirigidos a Olga Mori, por lo que se llega de manera tácita a la convicción de los juzgadores que las disposiciones de trabajo eran las que constan incorporadas en el trámite de visto bueno materia de impugnación; sin embargo, este ejercicio probatorio no fue realizado por los juzgadores, quienes denostaron el visto bueno y el acoso laboral solo porque la actora supuestamente presentó copias simples en el trámite documentalmente certificado de visto bueno, y con ello se resuelve negar las indemnizaciones contenidas en los artículos 191 y 195.3 del Código del Trabajo, así como la ordenada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Al respecto, cabe precisar que una vez que el recurso de casación ha sido admitido, precluyó esta fase, sin que por tanto corresponda emitir pronunciamiento sobre los yerros que pudieren existir en la falta de técnica por parte de la recurrente al momento de formular su recurso, siendo así, en este momento procesal, a este Tribunal de Casación, le compete, contrastar las impugnaciones alegadas con la decisión adoptada por los juzgadores de segundo nivel, a fin de poder establecer si en el presente caso, se ha producido el yerro en la apreciación probatoria, acusado por la parte casacionista; y, al efecto tenemos:

5.2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con los cuestionamientos expuestos por la parte recurrente, el principal problema jurídico a dilucidar bajo el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, consiste en:

- Establecer si el tribunal de alzada, incurrió en las trasgresiones invocadas; y,
- Verificar, si no valoró la prueba actuada en el proceso en su conjunto, lo que incidió en que no se disponga a favor de la trabajadora, la indemnización por despido intempestivo, así como la indemnización por discapacidad.

5.3. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CUARTO: Este caso se configura: *"Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto."*.

Para la procedencia de este caso, que en doctrina se lo 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 de 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 transgresión; d) la violación 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 precepto de valoración

de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material.

5.3.1. EXAMEN DEL CARGO. Se comienza por subrayar, que este medio de impugnación no le otorga competencia al Tribunal de Casación, para juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que su labor se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si los juzgadores de apelación, al dictarla observaron las normas jurídicas, que estaban obligados a aplicar, para rectamente dirimir el conflicto.

5.3.1.1. El artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos, establece cual es la finalidad de la prueba, señalando: *"llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos"*. La doctrina por su parte concluye que *"la prueba judicial es un acto procesal mediante el cual se lleva al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso (…) la prueba judicial es un acto, por cuanto proviene de la voluntad de quienes la producen; en segundo lugar, de carácter procesal, pues solo obra en el proceso, donde encuentran su razón de ser y, en tercer lugar, tiene como finalidad llevarle al juez el conocimiento o certeza de los hechos"*[1].

Ahora bien, en cuanto a la alegación del casacionista, alusiva a que la carga de la prueba en el *"acoso laboral"*, en virtud de lo establecido en el artículo 173 numeral 4 inciso cuarto del Código del Trabajo, que dice: *" Cuando el trabajador o trabajadora presente indicios fundados de haber sufrido acoso laboral corresponderá al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"* a su criterio le correspondía al demandado (empleador), conviene realizar algunas puntualizaciones al respecto, así a nivel doctrinario *"(…) se considera como una regla de conducta para las partes, por concretarse a observarla mediante la realización de todas las actuaciones necesarias para establecer los hechos que apoyan su derecho en el proceso, sean las pretensiones o excepciones; mientras que para el juzgador es una regla de juicio, por indicarle la forma como le corresponde pronunciarse y, concretamente, decidir en contra de la parte sobre la cual gravita"*[2].

Por su parte, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia actual Corte Nacional de Justicia, ha desarrollado jurisprudencia en materia laboral, en cuanto a los casos en que se invierte la carga de la prueba al empleador (accionado).

En este contexto, la recurrente trae a colación que lo establecido en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo, supondría un caso de inversión de la carga de la prueba, advirtiéndose en este sentido, que el numeral 4 referido, fue agregado como causal de visto bueno mediante el artículo 9 de la Ley s/n, publicado en el R.O. 116S, 9XI2017, que dice: *" En casos de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o empleadora o sus representantes legales. Una vez presentada la petición del visto bueno, procederá la apertura de una conciliación que presidirá la autoridad laboral competente, en la que serán oídos, además del interesado, los representantes de los trabajadores y el empleador o quien le represente. La indemnización será la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código. Atendiendo a la gravedad del caso la víctima de acoso podrá solicitar ante la autoridad laboral competente la disculpa pública de quien cometió la conducta. Cuando el trabajador o trabajadora presente indicios fundados de haber sufrido acoso laboral corresponderá al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*; de esta norma se puede colegir con facilidad la determinación de ciertas reglas de procedimiento a ser advertidas por las autoridades del trabajo, iniciándose por una conciliación la que será dirigida por la autoridad administrativa del trabajo, para ese efecto los actores principales son el trabajador, los representantes de los trabajadores y el empleador o quien haga sus veces. Del mismo modo, impone al trabajador la obligación de sustentar su petición en indicios fundados sobre el acoso laboral denunciado, correspondiendo preguntarse entonces que sugiere el vocablo indicios, entendido como *"la voz latina indicium es una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo. (…). En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba,*

[1] JAIME AZULA CAMACHO, Jaime, *"Manual de Derecho Procesal"*, Tomo VI, Terceraedición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2008, pág. 4.2 Ob. cit, pág. 45-46.

[2]

pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir, el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo."[3], es decir, cuanto la norma en cita, se refiere a indicios fundados, quiere decir, que su petición de visto bueno por acoso laboral, debe estar respaldada en medios de prueba que hagan presumir su existencia, efectuado aquello, le corresponde a su empleador, presentar una justificación argumentada y razonada respaldada mediante prueba, en cuanto a las medidas que se han adoptado y de su proporcionalidad. En este sentido, solamente cuando quien solicitó el visto bueno por esa causal muestra indicios sustentados, le corresponde al empleador su descargo. A lo que hay que añadir, que en atención a lo dispuesto en el artículo 183 inciso final, ibídem, quien se siente perjudicado por la Resolución de Visto Bueno puede impugnarla ante los jueces del trabajo, lo que efectivamente ocurrió en el caso *in examine*, pues el empleador propuso una demanda impugnando la Resolución del Inspector del Trabajo que concedió a favor de la trabajadora la terminación de la relación laboral por acoso laboral, la que de acuerdo a las constancias procesales, por haber sido presentada con posterioridad a la formulada por la actora señora Olga Elizabeth Mori Bustamante, se acumuló a la presente causa, en este sentido, conforme lo dice la misma norma, una vez que fue impugnada en sede judicial tiene valor de informe y aquella debe ser valorada con criterio judicial, es decir en relación con las otras pruebas que han sido aportadas al proceso y que sirven de base para demostrar las aseveraciones de las partes. Por lo que no existe infracción, respecto a este cargo alegado por la recurrente.

5.3.1.2. Otro de los cargos imputados a la sentencia por parte de la casacionista se contrae al hecho de que en la sentencia de mayoría, se vicia el principio de unidad probatoria establecido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, al manifestar que las pruebas actuadas por la accionante no son concluyentes e inequívocas para determinar que efectivamente existió acoso laboral, puntualiza que las pruebas actuadas fueron: a) Visto bueno N° 2837422019 impreso y en CD; b) Copia del carné de discapacidad a favor de la actora; c) Rol de pago de la actora con la cual acredita que percibía USD. 2.500,00. Alega que, la prueba documental consistente en el trámite de visto bueno que declara la terminación de la relación de trabajo por acoso laboral, es congruente con las pretensiones de la actora, esto es que se pague las indemnizaciones de conformidad con lo que ordena el artículo 191 del Código del Trabajo, por esta razón considera que la copia certificada íntegra del trámite de visto bueno es prueba pertinente útil y conducente para justificar tal pretensión; añade que, la prueba debe ser apreciada en su conjunto es decir todo el trámite de visto bueno, el mismo que contenía las declaraciones testimoniales de parte y testigos, lo que ocasionó que se niegue las indemnizaciones contenidas en los artículos 191 y 195.3 del Código del Trabajo, así como la ordenada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

En este contexto, este Tribunal de Casación, observa que el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, acusado por falta de aplicación establece: *" Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.",* disposición legal que consagra la obligación del juzgador de apreciar todas las pruebas que se han actuado en el proceso y que le han servido para justificar la decisión, es decir, no en forma aislada sino en su conjunto: *"[…] La apreciación conjunta de la prueba – expresa TOBOADA ROCA es aquella actividad que realiza el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios suministrados por los litigantes, y en virtud de cuya operación llega al convencimiento de que son ciertas algunas de las respectivas alegaciones fácticas de aquéllas en las que basan*

[3] Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, 2019, pág. 601- 602

sus pretensiones o defensas, o no logra adquirir ese convencimiento necesario para fundamentar su fallo estimatorio de ellas. Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los juzgadores de instancia muy frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, si atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico de compuesto integrado por elementos disímiles […] (Humberto Murcia Ballen. Recurso de Casación Civil, sexta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas. Págs. 409, 410); el juez debe entonces, observar las solemnidades prescritas en la ley procesal para la existencia o validez de ciertos actos y expresar en su resolución la valoración de las pruebas producidas, apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que han servido de base para el juicio razonado que sobre los hechos asume el juzgador, de la exégesis de la ley, del uso de su experiencia, de las reglas de la lógica, de los principios de la ciencia y de la justicia universal.

Con esta precisión, se pasa a verificar si el Tribunal de Apelación, arribó a una conclusión arbitraria, contraria a la razón o ilegal, que recae en la infracción del precepto de valoración probatoria aludido, para cuyo efecto, es necesario remitirnos al análisis efectuado por los jueces en cuanto al examen del acervo probatorio:

"En el caso subjudice, tenemos una resolución administrativa expedida por el Abg. Alberto Aguilera Baus, Inspector de Trabajo, quien verificó dentro de la tramitación de visto bueno la causal de acoso laboral sufrida por la ahora actora, gozando las resoluciones administrativas de la presunción de veracidad, legitimidad y legalidad con el que han sido expedidas, en la dinámica probatoria le correspondía a la parte demandada (empleadora) anunciar y producir las pruebas mediante las cuales pretendía impugnar dicho trámite administrativo, habiendo alegado la falta de motivación en la resolución administrativa de visto bueno este Tribunal efectúa un estudio acerca de las actuaciones aportadas en el trámite de visto bueno y tenemos que la actora invocó el acoso laboral aduciendo exceso de carga laboral, es decir actividades encomendadas a la trabajadora ajenas a su empleadora E. MAULME C.A. como lo es la compañía AUTOFACTOR, funciones ejercidas fuera de la ciudad de Guayaquil, lugar habitual laboral, es así que el día jueves 30 de Junio del 2016 viajó por cuestiones de trabajo a una sucursal de la empresa **E. MAULME C.A**. ubicada en la ciudad de Machala a cumplir con las funciones en las agencias de esta compañía teniendo ese día un quebranto en mi salud, repentinamente perdió la visión de su ojo izquierdo, fue trasladada a una casa de salud por la coordinadora Administrativa señorita **FERNANDA ZUMBA**, siendo su estado de salud era tan delicado que tuvo que retornar hasta Guayaquil con un chofer, inmediatamente comunicó de este suceso a la **JEFE DE TALENTO HUMANO** señora **CARLA QUIMI y al GERENTE GENERAL** señor **DAVID ÁLVARO NOGALES Y PLATON,** les solicite que para mayor transparencia, ellos mismos coordinen una cita médica en el Seguro Social, efectivamente me consiguieron la consulta en un Dispensario del IESS del Centro de la ciudad y fue atendida el 4 de Julio del 2016, donde el Médico le indico que su afectación era producida por situaciones de ***estrés laboral*** **.** Ante esta situación la **JEFE DE TALENTO HUMANO CARLA QUIMI** con conocimiento del señor **ALVARO NOGALES Y PLATON GERENTE GENERAL** le comunicó que resolvieron se me bajaría la carga laboral por su estado de salud, pero nunca lo cumplieron, al contrario sin ninguna consideración esta situación se agudizo y la asignación de trabajo se incrementó, le seguían encargando Gerencias y un sin número de actividades ajenas a sus funciones, que ella accedía a cumplirlas por conservar mi trabajo, pero esta situación continuaba afectando mi salud, teniendo que estar constantemente en controles médicos, tuvo una recaída el 11 de Octubre del 2018 y otra el 15 de mayo del 2019 y fue atendida por médicos especialistas del Seguro Social IESS. Todo esto ocasionó que al momento de la terminación de la relación de trabajo padecía una **discapacidad auditiva en un 60%** lo cual lo justifico con el **CARNET DE DISCAPACIDAD** emitido el 28 de noviembre del 2018. Como se le seguían asignando más actividades ajenas a las actividades y funciones por el cual fue contratada, se le encarga la Gerencia Operativa y con en el transcurso del tiempo le fueron incrementando adicionales correspondientes a la Gerencia de Ventas, Gerencia de Postventa, Departamento de Cartera que son muy complejos e incluso ordenes de trabajo de otras empresas ajenas a E. MAULME C.A. como es la Compañía **AUTOFACTOR.** Estos son los fundamentos de hecho que llevaron al Inspector del Trabajo a conceder

el visto bueno por acoso laboral afirmaciones que sirvieron de base para otorgarse el visto bueno, correspondiéndole a la parte empleadora desvirtuarlas mediante el ejercicio de la impugnación que le concede el art. 183 del Código del Trabajo, que lo hace en esta vía; para el efecto la parte empleadora ha reprochado la prueba documental incorporada por la parte actora dentro del trámite de visto bueno por carecer de pertinencia, conducencia y utilidad y además por ser copias simples, con lo que desvirtúa el contenido de las órdenes y disposiciones dadas a la trabajadora en los correos electrónicos por no ser auténticas, resultando por lo tanto muy evidentes, por lo que la negativa a conceder cuestionario alguno encuentra plena justificación como por ejemplo aquella de si usaba algún correo electrónico para comunicarse con la actora, sus compañeros de trabajo y jefes, resulta obvia en esta etapa de desarrollo electrónico que atraviesa nuestro país, por lo que es imposible evitar la comunicación. Otro aspecto a destacar es cuando la deponente Quimi Cueva, fue consultada acerca si la actora firmó el manual de funciones de E. Maulme ella declaró que lo recibió mediante un "link", (es decir que la actora si estaba enterada) y además aceptó que tenía comunicaciones por correo electrónico con Álvaro Nogales, Gerente General de E. Maulme, tantas que no pudo identificar si le copiaban correos que iban dirigidos a Olga Mori; por lo que sin mayor esfuerzo se llega a la conclusión por parte de este tribunal plural de juzgamiento, que las disposiciones de trabajo impartidas no eran ajenas a la labor que desempeñaba la actora y que forman parte de una relación de trabajo considerando para ello que la actora desempeñaba las funciones de Gerente de Operaciones que es naturalmente de mando y dirección y es esencialmente de confianza tal como se observa en la cláusula quinta del contrato de trabajo a plazo fijo incorporado de autos a fojas 33 y que reza así: " Por razón de las funciones que desempeña el trabajador y por el hecho de desempeñar un cargo de confianza y manejo, el trabajador está excluido de la regulación sobre la jornada máxima y legal y deberá trabajar el número de horas necesarias para el cabal desempeño de sus funciones, por lo cual no habrá el reconocimiento de horas extras cuando sobrepasen el límite legal. Ello sin perjuicio de cumplir los horarios mínimos señalados por el empleador" Otro aspecto a destacar dentro de este contrato es lo establecido en la cláusula tercera literal a en que la trabajadora se somete a cumplir con todas las normas, disposiciones, reglamentos y órdenes que se expidan o impartan y c. en que se lee que está obligada a prestar sus servicios sin limitación de tiempo, ni horario en los casos de urgencia que se presentare dejando constancia que las partes acuerdan y que el trabajador acepta voluntariamente con la remuneración que determine la ley, para estos casos. Ahora bien tenemos en el trámite de visto bueno constan los certificados médicos y de ellos es de destacar en especial, el del 4 de julio de 2016 en que se certifica que la señora Olga Mori **fue atendida en el Dispensario Médico del IESS, diagnosticada por estrés laboral, afirmación corroborada por el testimonio de la Jefa de Talento Humano tanto en la diligencia de investigación del visto bueno, como en su declaración en la audiencia de primera instancia. La actora produce como prueba el testimonio de Deysi Karina Miranda Morán y las pruebas documentales que obran de fojas 21 al 28 donde constan especialmente certificados médicos del 29 al 37 correos electrónicos y del 52 al 78,** que comprende facturas y correos electrónicos. En la especie, el motivo por el que se acudió ante el Inspector del Trabajo a solicitar el visto bueno prueba que es presentada por las partes procesales, fue precisamente el acoso laboral con respecto al exceso de trabajo a la actora encomendada a pesar de que la misma actividad laboral le había producido el diagnóstico médico de "estrés laboral" y una condición de persona discapacitada, poniendo a la trabajadora en una condición de vulnerabilidad, **cuestión que se no da en la especie si apoyamos esta afirmación de lo declarado por los testigos presentados por la parte empleadora Carla Vanessa Quimi Cueva, Marco Juan Pérez Lindao, Víctor Omar Delgado Ruíz, Jorge Alberto Rodríguez Fajardo, Jorge Elías Kalil Barreiro, quienes en sus versiones fueron coincidentes en afirmaciones como que jamás observaron de los directivos y compañeros de trabajo actitudes de acoso laboral y hostigamiento hacia la actora de este proceso, en los términos en que se define al acoso**. Al efecto es de citar si dichas declaraciones cumplieron con lo estatuido en el Cogep sobre testimonios, constantes en el art. 174 que define a la prueba testimonial: art. 174. Prueba testimonial**.** (Reformado por el Art. 24 de la Ley s/n, R.O. 517S, 26VI2019). Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio

de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de contraparte. La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable. Si la o el declarante ignora el idioma castellano se hará conocer este hecho al momento de la solicitud y su declaración será recibida con la intervención de un intérprete, quien prestará previamente el juramento de decir la verdad. La o el intérprete será nombrado por la o el juzgador de acuerdo con las reglas generales para designación de peritos. (…)"(énfasis añadido).

Del extracto de la sentencia en cita, se observa, que los jueces hacen alusión a la prueba actuada por la parte demandada (empleador), con la cual pretendió justificar que el visto bueno concedido en la Inspectoría del Trabajo a favor de la accionante fue ilegal, sin embargo, nada se dice de la prueba actuada por la trabajadora para demostrar su tesis, en cuanto a que el visto bueno fue concedido de forma legal al haberse demostrado la causal de terminación de la relación por acoso laboral.

Se limita el Tribunal de alzada a relatar lo dicho por el Inspector del Trabajo en cuanto a los argumentos para conceder el visto bueno, para luego en función del artículo 183 del Código del Trabajo, valorar los medios de prueba actuados por el demandado como testimonios, contrato de trabajo. Nótese que en la sentencia recurrida, se enumeran los medios de prueba que han sido incorporados por las partes, señalando que tanto la parte actora como la demandada, agregaron y practicaron el proceso administrativo de visto bueno que fue iniciado por la señora Olga Mori Bustamante; dicho lo cual, resulta absurdo que no se valore el mentado expediente administrativo en su integralidad, aquello en atención al principio de comunidad de la prueba. Estos yerros, conducen a este Tribunal a aceptar el cargo de infracción del artículo 164 del COGEP, razón por la cual se corrige el yerro en cuanto al análisis al acervo probatorio efectuado en lo que concierne a la Resolución de Visto Bueno que es materia de controversia y las consecuentes indemnizaciones que de esta pueden devenir.

Se deja anotado, que resulta inoficioso el análisis de los cargos imputados a la sentencia de alzada, bajo el caso quinto del artículo 268 del COGEP, por cuanto se concentran precisamente en el derecho que aduce tener la accionante, a las indemnizaciones, como consecuencia de que la relación laboral concluyó por visto bueno solicitado por la trabajadora, problema jurídico que será resuelto por el caso cuarto, conforme el análisis que sigue a continuación:

A. La parte actora centró su recurso de apelación, en los siguientes puntos:

Aduce que presentó una solicitud de visto bueno ante la Inspectoría de Trabajo, trámite signado con el N° 2837422019, debido a los continuos actos de acoso laboral recibidos por parte del Gerente General de la Compañía E. MAULME, señor Álvaro Nogales, que su petición la sustentó en lo dispuesto en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo, el cual fue concedido a su favor por la autoridad administrativa, el 20 de agosto de 2019, fecha en la que terminó la relación laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 169 numeral 8 ibídem, sin que se le haya cancelado las indemnizaciones previstas en los artículos 188, 185 según ordena el artículo 191 del Código del Trabajo, la indemnización del artículo 195.3 del mismo cuerpo legal y, además la determinada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, al tener una discapacidad del 60% acreditada con el carné.

Sustenta también su recurso, en el hecho de que en el trámite de visto bueno se demostró que ALVARO NOGALES Y PLATON de la Compañía accionada constantemente ha demostrado actos de ACOSO LABORAL en contra de la señora Olga Mori, asignándole responsabilidades con excesiva carga laboral que fueron afectando progresivamente su salud.

Que el día jueves 30 de junio del 2016 viajó por cuestiones de trabajo a una sucursal de la empresa E. MAULME C.A. ubicada en la ciudad de Machala avenida 25 de junio No. 1734 y Luis Ángel León a cumplir con funciones en las agencias de esta compañía sufriendo ese día un quebranto en la salud, repentinamente perdió la visión del ojo izquierdo, fue trasladada a una casa de salud por la Coordinadora Administrativa FERNANDA ZUMBA, siendo su estado de salud tan delicado que tuvo que retornar de urgencia hasta Guayaquil con un chofer, inmediatamente se le comunicó de este suceso a la JEFE DE TALENTO HUMANO señora CARLA QUIMI y al GERENTE GENERAL señor ÁLVARO DAVID NOGALES Y PLATON, quienes para mayor transparencia, coordinaron una cita médica en el Seguro Social, en la consulta en un Dispensario del IESS del Centro de la ciudad donde fue atendida el 4 de Julio del

2016, siendo diagnosticada médicamente que ésta era producida por situaciones de estrés laboral debido a la carga de trabajo que tenía.
Ante esta situación la JEFE DE TALENTO HUMANO, CARLA QUIMI, con conocimiento del señor ALVARO NOGALES Y PLATON GERENTE GENERAL le
comunicó que resolvieron se le bajaría la carga laboral debido a su estado de salud, pero nunca lo cumplieron, al contrario sin ninguna consideración esta situación se agudizó y la asignación de trabajo se incrementó, le seguían encargando Gerencias y un sin número de actividades ajenas a sus funciones contractuales, que accedía a cumplirlas por conservar su trabajo, pero esta situación continuaba afectando su salud, teniendo que estar constantemente en controles médicos, motivo por el cual tuvo una recaída el 11 de Octubre del 2018 y otra el 15 de mayo del 2019 y fue atendida por médicos especialistas del Seguro Social IESS.
Como le seguían asignando más actividades ajenas a las actividades y funciones por las que fue contratada, se le encarga la Gerencia Operativa y con el transcurso del tiempo le iban incrementando adicionales correspondientes a la Gerencia de Ventas, Gerencia de Postventa, Departamento de Cartera, que son muy complejos e incluso ordenes de trabajo de otras empresas ajenas a E. MAULME C.A. como es la Compañía AUTOFACTOR, todo esto quedó evidenciado tanto en el trámite de visto bueno como en las actuaciones probatorias en primera instancia.
En esos términos apeló de la sentencia de primera instancia, que concedió los haberes laborales reclamados, y no las indemnizaciones exigidas por la actora.
A este recurso se adhirió el demandado, aduciendo que:

- Impugna la Resolución de visto bueno de 20 de agosto de 2019, a las 18h00, argumentando que en aquél existe falta de motivación, aquello lo sustenta en varias sentencias de la Corte Constitucional, resaltando que dicha Resolución carece de los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, lo que fue analizado por el juez de primera instancia.
- Alude también, que al no haber sido despedida no se puede ordenar el pago de las indemnizaciones de los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo.
- Que al ser declarada sin efecto la resolución de visto bueno de fecha 20 de agosto de 2019, las 18h00, la actora tampoco tiene derecho a percibir la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
- Que según las pruebas aportadas y producidas en primer nivel la actora jamás sufrió acoso laboral, por lo que es improcedente el pago de dicha indemnización.

B Ante la existencia de una Resolución de Visto Bueno que aceptó la terminación de la relación laboral entre las partes, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo: *"En casos de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o empleadora o sus representantes legales. Una vez presentada la petición del visto bueno, procederá la apertura de una conciliación que presidirá la autoridad laboral competente, en la que serán oídos, además del interesado, los representantes de los trabajadores y el empleador o quien le represente. La indemnización será la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código. Atendiendo a la gravedad del caso la víctima de acoso podrá solicitar ante la autoridad laboral competente la disculpa pública de quien cometió la conducta. Cuando el trabajador o trabajadora presente indicios fundados de haber sufrido acoso laboral corresponderá al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad",* vale remitirse al espíritu de la norma considerando que esta causal a través de la cual el trabajador puede solicitar el visto bueno en contra de su empleador es relativamente reciente, así tenemos, que fue incorporada por el legislador bajo la siguiente exposición de motivos, conforme obra de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para Prevenir el Acoso Laboral, que dice: *"Con este marco constitucional, el Código del Trabajo, respecto de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, contiene regulaciones en los artículos 42 y 173. El artículo 42, en el numeral 13 establece como una obligación del empleador, la de tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra; y el artículo 173 incluye como causal por la que el trabajador, previo visto bueno, puede dar por terminado el contrato, las injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes. (…) De la lectura de estos cuerpos legales se puede evidenciar* ***que la normativa legal vigente no permite visibilizar el acoso laboral en toda su dimensión, con***

lo cual imposibilita el cumplimiento del principio de tolerancia cero a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo, que propugna la OIT*; y sobre todo no acata los preceptos constitucionales que reconocen a las personas* ***el derecho a la integridad personal, que implica el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, y el derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad y bienestar****, en ausencia de discriminación. En consecuencia, es necesario expedir reformas a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo, como instrumentos que regulan los aspectos laborales en el sector público y en el sector privado, con la finalidad de acoger los criterios de la OIT respecto de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y, así, cumplir con los preceptos constitucionales sobre la materia". (énfasis añadido).*

En este sentido, la doctrina conceptualiza al acoso laboral como: *"Actos o comportamientos, en un evento o en una serie de ellos, en el entorno del trabajo o con motivo de éste, con independencia de la relación jerárquica de las personas involucradas, que atenten contra la autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de las personas; entre otros: la provocación, presión, intimidación, exclusión, aislamiento, ridiculización o ataques verbales o físicos que pueden realizarse de forma evidente, sutil o discreta, y que ocasionan humillación, frustración, ofensa, miedo, incomodidad o estrés en la persona a la que se dirigen o en quienes lo presencian, con el resultado de que interfieren en el rendimiento laboral o generan un ambiente negativo en el trabajo"*[4]*;*

La Organización Internacional del Trabajo OIT, emitió el Convenio 190 el 21 de junio de 2019, "*Sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*", reconociendo el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género; que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente; la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano para prevenir la violencia y el acoso; que los Miembros tienen la importante responsabilidad de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos y prácticas, y que todos los actores del mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos; que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social; que la violencia y el acoso también afectan a la calidad de los servicios públicos y privados, y que pueden impedir que las personas, en particular las mujeres, accedan al mercado de trabajo, permanezcan en él o progresen profesionalmente; que la violencia y el acoso son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles y afectan negativamente a la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso de los trabajadores, la reputación de las empresas y la productividad; que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y reconociendo también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; que la violencia doméstica puede afectar al empleo, la productividad así como la seguridad y salud, y que los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las instituciones del mercado de trabajo pueden contribuir, como parte de otras medidas, a reconocer, afrontar y abordar el impacto de la violencia doméstica.

Con ese preámbulo, el artículo 1 del citado Convenio, dice: *" 1. A efectos del presente Convenio: a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o*

[4] Alfredo Sánchez Castañeda, Diccionario de Derecho Laboral, Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, pág. 4.

sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados"; en el artículo 2, refiriéndose al ámbito de aplicación, en lo fundamental, señala, que el Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, en los sectores público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales; en el artículo 5 ibídem, que con el objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: *"todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro".*

En este sentido, el Convenio es el resultado de la preocupación por resolver y frenar la violencia y acoso en el ámbito laboral, garantizando el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de abusos físicos y verbales, hostigamiento e intimidación, acoso sexual, amenazas y acecho, así como prácticas laborales abusivas que dan lugar a riesgos y peligros psicosociales. Así como, la necesidad de implementar programas de formación, orientación y sensibilización, tanto entre empleadores como entre trabajadores, en temas de violencia y acoso.

Sobre el Convenio N° 190 de la OIT, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, emitió el Dictamen de Constitucionalidad N° 3719TI/20 de 04 de marzo de 2020, ponencia del doctor Alí Lozada, que en la parte resolutiva dice: *"1.Declarar que el Convenio "Sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo" no es incompatible con la Constitución. 2. Notificar al Presidente de la República o a su delegado con el presente dictamen, a fin de que se haga conocer el mismo a la Asamblea Nacional."*

Del mismo modo la Asamblea Nacional del Ecuador, el 18 de noviembre de 2020, conoció, debatió y aprobó el Informe del Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, en sesión de N° 11120192021.

En este sentido, en atención al principio de progresividad de los derechos, se hace referencia en este fallo tanto al Convenio N° 190 de la OIT, así como al dictamen de constitucionalidad emitida por el alto órgano de administración constitucional, además, tomando en consideración que aquél fue dictado con base en la Constitución de la República del Ecuador y Convenios Internaciones aprobados y ratificados por el Ecuador con anterioridad a dicho Dictamen, razón por la cual se encontraban vigentes a la fecha en que se producen los hechos materia de esta acción laboral.

b.1.Ahorabien, en el caso *in examine*, la accionante presentó el visto bueno sustentando su petición en lo dispuesto en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo, que establece como causa para dar por terminada la relación laboral con su empleador: *"En casos de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o empleadora o sus representantes legales. Una vez presentada la petición del visto bueno, procederá la apertura de una conciliación que presidirá la autoridad laboral competente, en la que serán oídos, además del interesado, los representantes de los trabajadores y el empleador o quien le represente. La indemnización será la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código. Atendiendo a la gravedad del caso la víctima de acoso podrá solicitar ante la autoridad laboral competente la disculpa pública de quien cometió la conducta. Cuando el trabajador o trabajadora presente indicios fundados de haber sufrido acoso laboral corresponderá al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".*

Petición de visto bueno que fue concedida a favor de la trabajadora, por parte del Inspector del Trabajo, abogado Alberto Aguilera, mediante Resolución de 20 de agosto de 2019, a las 18h00, que resuelve:

"PRIMERO.CONCEDER EL VISTO BUENO solicitado por MORI BUSTAMANTE OLGA ELIZABETH, en calidad de TRABAJADORA en contra de la compañía E. MAULME C.A. por haber demostrado el peticionario que el Accionado ha incurrido en la causal 4 del Art. 173 del Código del Trabajo, al haber demostrado la parte Accionante que dentro del

trámite y en la Audiencia de investigación (...) SEGUNDO. Se autoriza a la parte accionante la terminación de las relaciones contractuales de trabajo con el accionado; TERCERO . Queda a salvo el Derecho que le asisten a las partes, de acudir a la vía judicial en caso de inconformidad con la presente Resolución, esto acorde a lo que preceptúa el inciso segundo del Art. 183 del Código del Trabajo, (...)"

No obstante, en virtud de que esa Resolución puede ser impugnada por quien se siente afectado conforme el artículo 183 del Código del Trabajo, en este caso por la empresa empleadora, lo que efectivamente ocurrió, dicha Resolución debe ser analizada con criterio judicial en atención a las pruebas incorporadas por las partes.

Así tenemos, que el expediente administrativo de visto bueno, que fue incorporado por las partes procesales, y que además en ningún momento se está desconociendo su existencia, por lo que inclusive al tenor de lo dispuesto en el artículo 163 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, resulta válido, y de conformidad con lo previsto en el artículo 161 es conducente y útil para los hechos *"acoso laboral"* que se pretenden justificar (actora) y desvirtuar (demandada).

La señora Mori Bustamante, señaló en sus antecedentes que de tal gravedad fue el acoso laboral, debido a la excesiva carga de trabajo, que colapsó en varias ocasiones en su estado de salud, siendo diagnosticada que fue producto del estrés laboral y, que debido a la presión del trabajo que fue incrementando por cuanto se le asignaban actividades de otros cargos, a pesar de que su empleador y la Jefe de Talento Humano conocían de su patología, le ocasionaron durante la relación laboral una discapacidad auditiva grave del 60 %.

La accionante actuó como prueba los certificados médicos conferidos por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, de los que se advierte que la trabajadora fue atendida en varias ocasiones por desprendimiento y desgarro de la retina, desde el año 2016 hasta el año 2019, sin embargo, dichos documentos no certifican que la accionante haya sido diagnosticada con estrés laboral, lo que además tiene su razón de ser, porque el médico especialista en oftalmología no es el profesional de la salud indicado para calificar aquél diagnóstico "estrés laboral", lo que se evidencia de esos documentos es que la misma paciente adujo en esa casa de salud cuando fue atendida que sus dolencias eran causadas por estrés laboral, es decir, no fue calificada con aquella patología sino que se trata de su propio decir.

Se observa el examen audiométrico conferido por la misma casa de salud, que refiere a un diagnóstico de hipoacusia mixta, moderada respecto de su oído derecho y severa en el oído izquierdo de fecha 11 de octubre de 2018, prueba documental que si bien tiene validez de conformidad con lo establecido en los artículos 193, 194, 195 y 196 del COGEP, no demuestra que aquella patología haya sido el resultado de un acoso laboral o que se encuentre ligada a una situación de estrés laboral ocasionado por la excesiva carga de trabajo asignada de otros compañeros como refirió la trabajadora.

También se advierte el testimonio rendido por la Jefa de Talento Humano de la compañía empleadora, Carla Vanessa Quimi Cueva, prueba que fue solicitada por el accionado en este juicio, y que además, fue actuada como informe dentro del expediente administrativo de visto bueno, conforme se desprende del acta de investigación, quien ha manifestado que en alguna ocasión la accionante le comentó que estaba estresada, debido a la carga de trabajo, pero del mismo modo, precisa la testigo, que en consideración a aquello el empleador creó otros puestos para alivianar su carga laboral, pero que en ningún momento ha sido acosada, ni se le ha tratado con actos discriminatorios, que más bien sus opiniones en la empresa eran consideradas y que inclusive se tenía un trato preferente en cuanto al tiempo que la trabajadora se tomaba para el almuerzo.

Vale decir, que la prueba testimonial, es aquella que hace una persona natural, ajena al proceso, ante el juez competente, en ejercicio de sus funciones, sobre hechos de los que tiene conocimiento5. La Jefa de Talento Humano, quien es la responsable de la selección, nomina, capacitación y desarrollo del personal de la Compañía E. MAULME C.A., en definitiva, es la que puede dar un testimonio con pleno conocimiento de los hechos acaecidos y que son materia de este juicio, testimonio del que se constata también, en virtud de las aclaraciones solicitadas por el juzgador de instancia a la testigo con el único ánimo de buscar la verdad, que además es la finalidad misma de todo proceso, que dicha funcionaria como la máxima autoridad en la parte administrativa de talento humano y el Gerente General, tenían pleno conocimiento de que la trabajadora tenía por sus funciones de "gerente

de operaciones" múltiples actividades a cumplir en beneficio de la empresa, pero que en todo momento la empresa escuchó sus peticiones y contrató personal adicional para precisamente evitar una práctica abusiva por parte del empleador al sobrecargarle de trabajo.

En esta misma línea de análisis, se advierte la prueba testimonial de los señores Marco Juan Pérez Lindao, Víctor Omar Delgado Ruíz, Jorge Alberto Rodríguez Fajardo y Jorge Elías Kalil Barreiro, quienes en sus afirmaciones al interrogatorio formulado son coincidentes en que jamás observaron de los directivos y compañeros de trabajo actitudes de acoso laboral y hostigamiento hacia la actora de este proceso, medio probatorio, que es analizado al tenor de lo dispuesto en el artículo 186 del COGEP, que dice: *" Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas".*

También se verifica la existencia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en el que su empleador le contrata con el cargo de Gerente Administrativa, estipulando entre las partes, entre otras cuestiones, lo previsto en las cláusulas tercera y quinta, que refieren que se trata de un cargo de confianza y manejo, y que deberá someterse al cumplimiento de todas las normas, disposiciones, reglamentos y órdenes que se expidan o impartan, estando además, obligada a prestar sus servicios sin limitación de tiempo, ni horario en los casos de urgencia que se presentaren, dejando constancia que las partes acuerdan y que el trabajador acepta voluntariamente con la remuneración que determine la ley para estos casos, contrato que data de 22 de septiembre de 2014, lo que implica que a la accionante en virtud del cargo de confianza, se le encargaban diversos asuntos atendiendo al cargo de jerarquía que mantenía en la compañía y a su nivel profesional, desde el inicio de la relación laboral.

En el decurso de la relación laboral se advierte que la accionante ocupó al año 2018, el cargo de gerente de operaciones, en cuyo documento, sobre descripción y perfil del puesto, se señala que la misión de ese puesto es: *"Responsable de la Generación de Ingresos, buscando las mejores alternativas financieras del mercado PV AS y seguros, administrando sus procesos operativos de la central de facilidades (PARTE COMERCIAL, ADMINISTRATIVA F&I y OPERACIONAL), así como asegurar la logística e infraestructura adecuada para el normal funcionamiento, buscando siempre que estos se realicen en conformidad con los procedimientos y normativas preestablecidas y que estos se utilicen de forma eficiente, todo ello en un marco de mejora continua",* y como acción/función, se enumeran 12 actividades, tales como: *"Identificar y diseñar nuevas oportunidades de negocios, buscando las mejores alternativas del mercado. Mantener una comunicación constante y fluida con las diferentes Instituciones con las cuales se mantienen relaciones de negocios. Seguimiento de los diferentes proyectos y negocios a su cargo. Control del proceso de solicitudes de crédito. Control de cobro de cartera y comisiones financieras y proveedores. Elaborar, registrar y custodiar el inventario de activos fijos de la empresa (vehículos). Coordinar con los responsables de las áreas de apoyo a ventas el avance de sus procesos finales en la entrega de un vehículo. Controlar la gestión de su equipo (F&I, Matriculación, Logística) y medición de sus avances. Mantener sus registros de información actualizados mensualmente. Cumplir con los sistemas de gestión de calidad, Reglamento Interno, Código de Ética, Reglamento de Seguridad y Salud y demás procedimientos y normas vigentes. Participar en las actividades adicionales para el cumplimiento de objetivos del concesionario",* así también, se observa que el cargo que ocupaba dentro de la organización, se encuentra en orden subsiguiente al de gerente general, verificándose por tanto, que desempeñaba actividades amplias y de relevancia dentro de la compañía, por lo que es lógico que dicha funcionaria cuente con todo el conocimiento sobre el giro del negocio así como sobre su operatividad o funcionamiento y por tanto se le encargue y solicite el cumplimiento de las distintas gestiones que se realizan en el área de la cual era responsable.

Ahora bien, en este punto vale precisar cómo ha sido definido el estrés laboral y retomar lo antes señalado sobre el concepto de acoso laboral, así tenemos:

[5] Jaime Azula Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2008, pág. 97.

El estrés laboral de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud es:

> "…*reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación. Conforme al informe de la OMS "Organización del trabajo y el estrés", el estrés puede afectar de forma diferente a cada persona. Pero generalmente cuando las personas están estresadas por el trabajo pueden estar cada vez más angustiadas e irritables, son incapaces de relajarse o concentrarse, tienen dificultades para pensar con lógica y tomar decisiones, disfrutan cada vez menos de su trabajo y se sienten cada vez menos comprometido con este, se sienten cansados, deprimidos e intranquilos, tienen dificultades para dormir y son propensos a sufrir problemas físicos graves como: cardiopatías, trastornos digestivos, aumento de la tensión arterial y dolor de cabeza, entre otros".*[6]

Por su parte el acoso laboral, según el doctrinario psicólogo Heinz Leyman7, se constituye en *"aquella situación en la que una o varias personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un largo período de tiempo, sobre otra persona en el puesto de trabajo.".*

El mismo autor aclara que la diferencia que existe entre el estrés laboral y el acoso laboral, se contrae a que el primero *"… se produce por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización y,",* y el segundo acoso u hostigamiento *"tiene su origen en las relaciones interpersonales".*

Visto así, el acoso laboral tiene por objeto desestabilizar y minar emocionalmente a la persona con el objetivo de deteriorar su capacidad laboral y desembarazarse de ella, bien sea echándole de la empresa o forzando su dimisión voluntaria8.

El autor antes referido, en cuanto a las formas en que puede agruparse ese comportamiento hostil en contra del trabajador, a lo que ha denominado cuestionario para identificar el terror psicológico, dice:

- Acciones contra el ejercicio del trabajo: mediante presiones y críticas injustas, se atacan de manera malintencionada todos los trabajos que la persona desempeña, se le asigna trabajo excesivo que no puede entregar en plazo o no se le asigna trabajo. En definitiva, se intenta conseguir que la persona cometa errores para desacreditarle.
- Acciones contra la reputación o la dignidad personal: un sistemático y deliberado ataque a las convicciones o valores éticos de la víctima, burlándose de ellos o haciendo una crítica demoledora de su vida privada; se hacen descalificaciones, críticas e injurias personales, burlas, gestos de menosprecio, se hacen correr falsos rumores, se dice que es una enferma mental, atacan sus creencias, su origen, su físico, etc.
- Aislamiento y rechazo de la comunicación: La estrategia más utilizada consiste en aislar, incomunicar o estigmatizar al trabajador haciendo que se sienta invisible: se le hace el vacío, se rechaza todo contacto incluso el visual, se les aísla físicamente, no se la deja hablar, no la escucha.
- Violencia verbal, física o sexual mediante amenazas físicas, empujones, portazos, gritos, invasión de su vida privada: llamadas telefónicas o en su casa, desperfectos a sus propiedades. Este tipo de acciones es menos frecuente ya que el acoso suele ser más sutil.

En el caso *in examine*, una vez que se ha valorado el acervo probatorio, no se advierte que el empleador haya proferido improperios en contra de la trabajadora ni actos intimidatorios por acción u omisión, que puedan hacer presumir a este Tribunal, que existió acoso por parte del empleador o sus representantes, del mismo modo, no se advierte que se le haya dado una excesiva carga de trabajo a ser cumplida en un tiempo reducido que desborde el ámbito de las actividades para las cuales fue contratada, tanto más, que inclusive el estrés laboral que

---

[6] https://www.funcionpublica.gov.co/preguntasfrecuentes/- asset_publisher/sqxafjubsrEu/content/el-estres-laboral/285859387 Acoso Psicológico en el Trabajo Mobbing, 1996, pág. 2. 8 Ob. cit, pág. 3
El acoso laboral, (s.d), pág. 2. 10 Correa Carrasco, M, 2006, Acoso moral en el trabajo. El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo Thomson-Aranzi, Navarra, p. 42. 11 Caamaño Rojo, E, 2011. La noción de acoso moral o "mobbing" y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile. Revista Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° 37, Valparaíso, pág. 218. fuerza productiva de una empresa12".
12 Camacho Ramírez, a, 2018, Acoso laboral o mobbing, Universidad del Rosario, Bogotá, pág. 36-37.

desde que inició el trámite de visto bueno aludido por la accionante y que a su criterio le ocasionó quebrantos en su salud y la discapacidad, no ha quedado plenamente demostrado, toda vez que el contenido de los reportes médicos sugieren una patología ocular en la que es la misma trabajadora la que expresó era por estrés laboral, más no ha sido corroborada su afirmación a través de un medio probatorio suficiente que otorgue certeza a este Tribunal, ni tampoco se demuestra que la discapacidad auditiva que padece la accionante tenga un hilo conductor o haya sido desencadenada por ejecutorias del empleador por acoso laboral como lo ha sostenido, más bien queda evidenciado que las disposiciones y actividades encomendadas a la accionante de esta causa por parte de su empleador, responden al ejercicio y particularidades de las labores que le correspondían realizar por el cargo que ocupaba en la empresa demandada inicialmente como gerente administrativa y luego como gerente de operaciones.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través de su Sala de Casación Laboral, en el caso SL30752019, por acoso laboral, se pronunció mediante sentencia de 30 de julio de 2019, en los siguientes términos:

"la protección del trabajo no implica solo el acceso y el reconocimiento de los derechos prestacionales que ello conlleva, sino también conlleva que este se desarrolle en condiciones dignas y justas (CC T882 de 2006). En este sentido, los comportamientos que atenten contra dichos ambientes laborales vulneran el derecho del trabajo pues la dignidad no admite relativización de ninguna clase (CC T461 de 1998 que aduce a la sentencia CC T124 de 1993). Bajo este tipo de consideraciones se encuadran las acciones preventivas para evitar la ocurrencia y sancionar los comportamientos entendidos como de acoso laboral, que, Aunque estos elementos de presión, […] han existido desde tiempos remotos, la proliferación de ellos […] ha enfrentado con mayor detalle el estudio jurídico de las expresiones de este fenómeno y de las consecuencias que entraña dentro del marco del contrato de trabajo9 (…) se define el acoso como […] toda situación o conducta que, por su reiteración en el tiempo, por su carácter degradante de las condiciones de trabajo y por la hostilidad e intimidación del ambiente laboral que genera, tiene por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad del trabajador10 o el comportamiento […] pluriofensivo de derechos fundamentales y está conformado por hostigamientos sistemáticos y reiterados […] contra uno o más trabajadores que atentan contra su dignidad o salud y afectan sus condiciones u oportunidades de empleo u ocupación11". Se trata entonces de comportamientos que atentan contra derechos fundamentales de la persona que está siendo objeto del hostigamiento, que hoy adquieren tal trascendencia que esta […] deja de ser una problemática pequeña o a menos escala, para trascender y ser tenida en cuenta dados los graves daños que conlleva al ser un atentado a los derechos fundamentales de las personas, quienes tienen el valor intrínseco mucho más amplio que simplemente el de conformar la 9 Valdés Sanchez, G.G. (2004).

Visto lo anterior, en todo momento, el acoso laboral o mobbing, implica hostigamiento, persecución sistemática y reiterada por parte del empleador en contra del trabajador que afectan su dignidad o salud y que generan un ambiente no propicio para el trabajo.

Se requiere que el trabajador/a sea víctima de amenazas, críticas que busquen su ridiculización frente a quienes forman parte de la organización, que no se le asigne trabajo alguno, se induzca a error con las ordenes que se le disponen, que las agresiones tengan actos que vayan en contra de su reputación o dignidad como persona, se le aísle en relación con sus otros compañeros de trabajo, y, que se ignore física y de palabra al trabajador al punto de invisibilizarle, comportamientos que en definitiva, puedan perturbar emocionalmente a la persona con el claro y evidente objetivo de disminuir la capacidad en el trabajo y ocasionar que el trabajador renuncie o sirvan para buscar una argucia legal para echar al trabajador, estas circunstancias, conforme se ha expuesto a lo largo de esta sentencia, no se han demostrado en el presente caso, razón por la cual la decisión tomada en la Resolución de Visto Bueno producto de la investigación efectuada en el expediente administrativo, no ha sido dictada de forma motivada atendiendo a la realidad de los hechos; y, una vez que ha sido considerada como mero informe de acuerdo a la ley y por tanto sometida a controversia, la parte actora tampoco ha logrado justificar que el empleador en el desarrollo de la relación ajustó su conducta a la prevista en el artículo 173 numeral 4 del Código del Trabajo, por lo que en ese sentido, no le corresponde percibir las indemnizaciones a las que hace referencia el artículo 191 del Código del Trabajo, en relación con la determinada en el artículo 195.3 inciso segundo ibídem.

En cuanto a la indemnización contemplada en el artículo 51 inciso segundo de la Ley Orgánica de Discapacidades, que dice: *"En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente",* este Tribunal considera necesario anotar, que si bien la accionante tiene una discapacidad auditiva severa del 60% acreditada mediante carné otorgado por el Ministerio de Salud Pública, y que, dada su condición, por mandato constitucional pertenece a un sector vulnerable, a quien el estado tiene la obligación de proteger, en atención a lo establecido en el artículo 35 de la Norma Suprema; en el caso *sub judice*, no es el único supuesto contemplado en la norma en cita (51 LOD) para beneficiarse de la indemnización, sino que debe imperativamente justificar que ha sido despedida o como en el caso que se analiza, que se haya producido el despido indirecto que fue materia de la demanda, lo que no ha ocurrido, ya que este Tribunal mediante el examen de los recaudos procesales en confrontación con el ordenamiento jurídico, llega a la conclusión que no se ha logrado justificar que se configuró la causal de visto bueno por acoso laboral, resultando ilegal la Resolución de Visto Bueno que fue otorgada en favor de la trabajadora de forma primigenia, actuación de este Tribunal que se enmarca en el respeto a la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la Constitución de la República, y atendiendo al principio de verdad material.

DECISIÓN: En atención a 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 parcialmente la sentencia de mayoría emitida por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 16 de noviembre de 2020, a las 15h56, en el sentido de que no proceden las indemnizaciones solicitadas, en los términos esgrimidos en este fallo. Sin costas. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

f) Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE), Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2021

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

I

Juicio Nro. *23331-2017-02154*
Resolución Nro. *61-2021*
Fecha: *viernes 25 de junio del 2021, las 12h46*

TEMA: Cumplimiento de requisitos sustanciales para que opere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

ASUNTO

La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, de acuerdo con la ley, debe cumplir ciertos requisitos básicos para que sea admitida y así se conceda judicialmente la propiedad del bien inmueble, tales como: 1) posesión material del bien; 2) el plazo establecido por la ley; y, 3) singularización e identificación del bien raíz.

En el caso en análisis, el asunto materia de la controversia se centra en establecer si los actores lograron acreditar el cumplimiento de los mentados presupuestos sustanciales, puesto que la comprobación de los hechos, a través de la carga probatoria, corresponde a la parte accionante.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Santo Domingo menciona que, debido a la falta de anuncio de prueba testimonial y demás sustentos probatorios por parte de los actores, es imposible determinar a qué predio específicamente se refieren, así como el tiempo en que se mantuvieron en posesión pacífica e ininterrumpida del bien inmueble, discrepando lo aludido en la demanda con lo extraído de la prueba pericial.

En ese sentido, se rechaza la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio por improcedente, conforme los aportes insuficientes de la parte interesada e incumplir con los requisitos para su validez y procedencia.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

Al fundamentar su recurso, los accionantes refieren que no se valoraron las pruebas periciales y documentales presentadas y proponen ingresar prueba nueva, especialmente una nueva inspección judicial, para que el tribunal resuelva y deje sin efecto la sentencia dictada por el juez a quo. El tribunal niega lo solicitado, en virtud de lo previsto en el artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos, ya que no es posible volver a actuar prueba que por cualquier circunstancia fue anunciada y no se la practicó en el momento procesal oportuno.

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo determina que para que prospere la acción de Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que el inmueble que se pretende adquirir está en el comercio humano, esto es, que no tenga prohibición legal para la transferencia del dominio; 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 de dominio del inmueble cuya adquisición se pretende sea el demandado. 4) Que el demandante haya estado en posesión por el tiempo exigido en la ley, sin interrupción.

Debido a que los accionantes no han logrado acreditar el plazo de la posesión del inmueble, así como la falta de singularización de la cosa, requisitos indispensables para que se perfeccione la adquisición del dominio, se rechaza el recurso interpuesto, confirmando la sentencia venida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23331-2017-02154

Juez Ponente: Dr. Himmler Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, viernes 25 de junio del 2021, las 12h46.

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada

1. En el juicio ordinario que siguen los señores Julio Aguirre y Víctor Hermel Aguirre en contra de Rafael Alberto Narváez Sarango, Darwin Lizandro León Sarango, Nancy Nohemí Sarango Escalante; y, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo, representado por su Alcalde y Procurador Síndico; el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, dictó sentencia confirmatoria de la subida en grado, que declaró sin lugar la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, el 23 de octubre de 2019, las 11h51.

b) Actos de sustanciación del recurso de casación

2. Inconforme con la sentencia dictada, Julio Aguirre y Víctor Hermel Aguirre, interponen recurso de casación por el caso contenido en el numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos[1] —en adelante COGEP—, mismo que fue admitido a trámite mediante auto de 30 de enero de 2020, las 10h35, emitido por el doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, conjuez nacional.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

3. Los casacionistas impugnan la sentencia de apelación por el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, esto es cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto; y, cita la infracción de las siguientes disposiciones normativas: 715, 1715, 1719, 1720 y 1728 del Código Civil; 89, 158, 159, 193, 194, 195 y 211 del COGEP; 76, numeral 7 y literales k y l, y 82 de la Constitución de la República del Ecuador —en adelante Constitución-; 9, 15 inciso 25 y 140 inciso 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

4. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

5. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

6. Con acción de personal 622-UATH-2021-DCH de 10 de junio de 2021, el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo ha sido encargado

[1] **"Art. 268.-** Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto."

desde el 21 de junio hasta el 2 de julio de 2021, al doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional, quien actúa en su reemplazo.

7. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución[2]; 184[3] y 190 numeral 1 del COFJ[4]; y, primer inciso del artículo 269 del COGEP[5].

2.2. Validez procesal

8. En la tramitación de este proceso no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad, así como la observancia y respeto, por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y fundamentos del recurso de casación

9. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, 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; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 21 de junio de 2021, a las 11h00; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP.

10. La parte casacionista al amparo del caso cuarto del artículo 268 del COGEP acusa la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba por cuanto, a su criterio, se emitió sentencia favorable a los demandados con una equivocada fundamentación de hechos y derechos, sin que se haga valoración de sus fundamentos de hecho.

11. Los recurrentes agregan que, no se hizo valoración de todas pruebas, por lo que se violó el artículo por no aplicarlo. Asimismo, sostienen que los demandados no presentaron pruebas, por lo que el juez desconoció los hechos y no realizó un análisis completo de la primera instancia.

12. Mencionan que, al no admitirse como prueba el contrato de compra venta con reconocimiento de firma para entrar en posesión, se estiman infringidos los artículos 1715, 1719 y 1726 del Código Civil, así como los artículos 193, 194, 195, 196 y siguientes, y otros artículos pertinentes del COGEP.

13. Señalan que, al no haber considerado válido los documentos originales y copias de actuaciones judiciales legalmente actuadas, se han infringido todas las normas que regulan las pruebas conforme lo determinado en los artículos 158, 159, 193, 194, 195 del COGEP.

14. Manifiestan que, existe errónea interpretación de preceptos jurídicos de valoración probatoria cuando no se toma en cuenta que el predio descrito en la demanda fue debidamente singularizado.

15. Argumentan que, el señor Juez de primera instancia ha realizado, al igual que el tribunal de segunda instancia, un análisis parcializado de las pruebas con la finalidad de favorecer a los demandados, violando las normas de derecho sustantivo del Código Civil y otros conforme a disposiciones constitucionales establecidas en los artículos 76, numeral 7, literales k y l y artículo 82 de la Constitución; e, incumpliendo lo determinado en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial.

16. Finalmente, han realizado el análisis del considerando séptimo de la sentencia impugnada, paso

[2] **Art. 184.**- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[3] **Art. 184.**- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[4] **Art. 190.**- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

[5] **Art. 269.**- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

a paso, demostrando su inconformidad con lo manifestado en este considerando, que sirve de fundamento para la decisión que consideran les causa agravio.

III.- PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

17. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea el siguiente problema jurídico:

Verificar si el tribunal de alzada infringió las disposiciones normativas contenidas en los artículos 1715, 1719, 1720 y 1728 del Código Civil; 193, 194, 195 y 196 del COGEP, al confirmar la sentencia de primera instancia que desechó la demanda de prescripción adquisitiva de dominio.

IV.- ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

18. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[6]. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

19. La motivación es la justificación de la decisión judicial[7] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[8], en un sentido u otro[9]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[10].

20. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español ha acogido la concepción racionalista de la motivación al sostener que:

> "[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]"[11]

21. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[12]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[13] [14].

---

[6] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[7] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[8] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[9] Ferrer, Jordi, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

[10] Nieto, Alejandro, Arbitrio judicial, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[12] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: 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: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[13] Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 189-191.

[14] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera

22. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[15] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[16].

23. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> "[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […][17] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]"[18]

24. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[19]

25. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones

se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al Court of Appeal inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[15] El juicio de procedibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[16] Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 191.

[17] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[18] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

[19] Ferrer, Jordi, Prueba sin convicción, pág. 189.

en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[20]

26. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificativa, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

27. A lo anterior, se agrega que, cuando se realiza una evaluación de razonabilidad de una decisión judicial, debe tenerse en cuenta además de la dimensión lógica de lo razonable, su dimensión histórica y social, toda vez que en muchos casos "lo que hay que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales"[21].

28. Por ello, en cumplimiento con dicha obligación constitucional dentro del modelo de Estado garantista de derechos y, en virtud del principio de irradiación constitucional[22] con relación a la fuerza vinculante sustancial[23] y supremacía de la Constitución, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

4.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

29. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

30. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso. A la vez, el artículo 169 de la Constitución prescribe: "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. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

---

[20] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad,* Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 10/06/2021).

[21] Urgina, Mercader, "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y "canon reforzado de motivación", en La doctrina del Tribunal Constitucional. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, No. 73, 133, 2008 citado, a la vez, en las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana N° 1048-13-EP/19, Caso N° 1048-13-EP, 08 de enero de 2020; y, N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, 08 de enero de 2020.

[22] El principio de irradiación constitucional previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, implica el reconocimiento expreso no solo de la supremacía constitucional, sino paralelamente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo fundamental para la garantía plena de los derechos. Si bien el artículo 8 la Convención Americana de Derechos Humanos no establece de forma expresa el deber de motivación; no obstante, a través de su jurisprudencia, la Corte IDH, ha tenido la posibilidad de ampliar, aunque paulatinamente, el contenido del artículo 8.1 de la Convención para incorporar el deber de motivación a través de varios fallos, así: (1) Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrafos 175-181. (2) Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 152. (3) Castañeda Gutman vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 06 de agosto de 2008, párrafo 93-34. (4) López Mendoza vs. Venezuela, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 01 de septiembre de 2011, párrafos 36-39. De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende la importancia de este principio y en los casos: (1) Hiro Balani vs. España [Sentencia de 09 de diciembre de 1994, párrafos 26-28], (2) Hurk vs. Holanda [Sentencia de 19 de abril de 1994. Párrafo 61], (3) García Ruiz vs. España [Sentencia de 21 de enero de 1999, párrafo 26], entre otros, desarrolla este principio.

[23] La fuerza vinculante sustancial consigna a las normas constitucionales como verdaderas normas jurídicas de aplicación directa, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos no solo en las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también entre los particulares.

31. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

32. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos: "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[24] Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

33. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana —en adelante CC— señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[25] que prescribe el artículo 75 de la Constitución, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

34. A su vez, la CC[26] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[27] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[28]

35. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[29] Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones, vislumbrándose "[…] como una necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos de procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo".[30]

[24] González Pérez, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.
[25] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.
[26] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.
[27] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.
[28] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.
[29] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.
[30] Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional*, El debido proceso (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004) 28-9.

36. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

37. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

38. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

39. Es decir, este derecho complejo (debido proceso) que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[31]

40. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica[32]. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva[33].

41. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna[34].

42. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

43. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

44. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y

---

[31] Gozaíni, Osvaldo, *Ob. cit.*, pág. 24.
[32] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[33] MALEM, Jorge, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.
[34] *Ibíd.*, pág. 23.

que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

4.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

45. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido. [35]

46. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[36]

47. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y expresado en la fundamentación de su recurso.

48. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[37]

49. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

50. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[38]

51. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los

[35] Rodríguez-Zapata, Jorge, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4
[36] *Ibíd.*
[37] Taruffo, Michele, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile, Boloña, Il Mulino*, 1991, pág. 72-73.
[38] Nájera, Mario, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[39]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[40]

52. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

53. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[41]

54. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber: 1) son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado; 2) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y, 3) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

4.3. Cuestiones previas sobre el caso cuarto del artículo 268 del COGEP

55. Con relación al caso cuarto del artículo 268 del COGEP este se conoce en la doctrina como violación indirecta y se incurre en dicha transgresión al no aplicar, aplicar de forma indebida o interpretar de forma errónea las disposiciones normativas o preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, cuando ello conduce a una equivocada aplicación o a la no aplicación de disposiciones normativas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

56. Por ello, por este causo: a) se deben citar normas relativas a la valoración de la prueba que le obligan al juzgador de instancia a valorar conforme con la sana crítica racional- donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria[42]-, los elementos de prueba que se aportan, esto es, aplicando las reglas de la epistemología en general, las reglas del correcto entendimiento humano, es decir, las de la lógica –entre ellas el principio de razón suficiente- y la experiencia común[43]; y, b) que dicha infracción en la valoración probatoria conduzca — indirectamente— a una equivocada aplicación de normas sustanciales

[39] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[40] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[41] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[42] Dei Vecchi, *Diego, Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2014, 37: 237-261
[43] *Ibíd.*, pág. 247.

en la parte resolutiva de la sentencia. Eso significa que no es suficiente que, en la sentencia exista un vicio de derecho en la aplicación del precepto de valoración probatoria, sino que es indispensable que éste otro requisito concurra.

57. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameritan corrección. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala:

> "[…] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo al valorar medios probatorios no insertos en juicio […]"[44]

58. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de las proposiciones presentadas por los sujetos procesales y que están vinculadas con el supuesto de hecho de una disposición normativa general.

59. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria —injusta o ilegítima—[45] o absurda —irracional—[46] el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable —racional, legítima, aceptable y que goce de suficiencia—.

60. Así, bajo los parámetros que cita la parte recurrente, a continuación, se procede a analizar los yerros que se alegan bajo esta causal con el objeto de dar una respuesta motivada.

4.4. Análisis y resolución

61. Para dar solución al problema jurídico que plantea la parte recurrente sobre la errada valoración probatoria del tribunal de alzada de la prueba presentada, se emiten los siguientes criterios.

62. El derecho a la prueba, en términos generales, es el derecho fundamental que tienen las partes en el proceso: a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los elementos de prueba[47]; en extenso, ha sido definido también como el derecho, "en primer lugar, a hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar,

[44] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, juicio N° 1310-2011.

[45] En este caso, el término ilegítimo alude a razonabilidad que tiene relación con el discurso perfomativo axiológico aceptable de la argumentación.

[46] Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 62-8, quien, a su vez, señala que los criterios de racionalidad se aproximan a los "estricta racionalidad" expuestos por Manuel Atienza en: Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, No. 4 (1987), 193 y ss. Para dicho autor este parámetro se relaciona con esquemas de corrección de los argumentos de carácter formal y, entre los elementos más característicos, se encuentran: 1) claridad y consistencia conceptual o lingüística. (2) consistencia normativa, esto es, justificar la aplicación de los mismos argumentos para la resolución de casos en los que los hechos sean similares. (3) Saturación o completitud. (4) Respeto de las reglas de la lógica deductiva. (5) Respeto de las cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad de las normas que se derivan del principio democrático e *in dubio pro libertate*, entre otros. (6) Consistencia y coherencia argumentativa entre las proposiciones que componen el fundamento de las decisiones.

[47] Priori, Giovanni, "Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica" en *La prueba en el proceso*, Barcelona, Atelier, 2018, pág. 158.

a admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, a brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, a promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta con la simple orden, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, a disponer y practicar aquellos elementos de prueba que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia."[48]

63. El derecho a la prueba es una derivación del derecho a la defensa, por lo que se compone de cuatro elementos; el primero, es el derecho a utilizar todos los elementos de prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en los que se basa su pretensión –con la relevancia de la prueba propuesta como única limitación-; el segundo, es el derecho a que las pruebas se practiquen en el proceso; el tercero, es el derecho a una valoración racional de las pruebas, que exige por un lado, que las pruebas que han sido admitidas y practicadas en juicio sean tomadas en consideración con la finalidad de justificar la decisión adoptada; y por otro, que la valoración que se realice sea racional; y, el cuarto, es la obligación de motivar las decisiones judiciales.

64. Doctrinariamente, valorar la prueba consiste en "determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible; es definir o evaluar el grado de apoyo que una afirmación fáctica –proposición- tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio"[49].

65. Así, el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad –pero no el único-, de ahí que la prueba como actividad probatoria tiene la función de "comprobar los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de hechos condicionantes, por lo que el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas".[50] De esta manera, el mismo ordenamiento jurídico, a través del derecho a la prueba, es el que exige la aplicación de las reglas de la epistemología o la racionalidad generales.

66. La decisión que un órgano jurisdiccional debe adoptar respecto de los hechos probados, no es enteramente libre, pues, el derecho obliga a los juzgadores a observar una serie de reglas que regulan tanto la decisión final como el proceso a través del cual se llega a esa decisión. Así, sobre la prueba se pueden identificar tres tipos de reglas jurídicas: las reglas sobre la actividad probatoria, las reglas sobre los medios y elementos de prueba; y, las reglas sobre el resultado probatorio.

67. Las reglas sobre la actividad probatoria, abarcan disposiciones normativas que determinan el momento en el que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza. Las reglas sobre los medios y elementos de prueba, definen los medios y elementos de prueba, establecen cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o la exclusión de aquellos. Las reglas sobre el resultado probatorio, indican al juzgador qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o le conceden libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga a su disposición[51].

68. En este sentido, podemos aseverar que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba tienen que ver con los tres tipos de reglas señalados, por lo que, el análisis del tribunal de casación cuando el recurso presentado se fundamente en la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, debe circunscribirse a la verificación de la correcta aplicación y de la interpretación uniforme de las

[48] Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 28 de junio de 2005, Ref. Expediente No. 7901.
[49] Hunter Ampuero, Iván, "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba, ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?" en *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, n.1 [acceso 2021-06-02], pág. 247-272. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100008.
[50] Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueb*a, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 30-31.
[51] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 35.

disposiciones normativas que contengan preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por parte del tribunal de apelación.

69. Es necesario entonces que la o el juzgador, en la valoración de la prueba, decida de acuerdo con las reglas de la sana crítica, entendida esta como:

> "[…] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común […] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. […] las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable. […] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional […]"[52]

70. La característica de la sana crítica radica, entonces, en la libertad razonable que tiene el juzgador a la hora de valorar los elementos de prueba, sobre la base del principio de independencia y, de los principios propios de la prueba, como son los de inmediación y contradicción. En este sentido, el inciso segundo y tercer del artículo 164 del COGEP determinan:

> "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."

71. Por otra parte, conviene indicar que para que la prueba pueda producirse y obtenerse válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos legales procesales es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos. Los requisitos intrínsecos tienen relación con: (a) *conducencia* del medio escogido, es decir, que legalmente sirve para establecer el hecho que va a probarse con él; (b) *pertinencia o relevancia*[53], es decir, que se relacione con el litigio u objeto del proceso; (c) *utilidad*, es decir, que sea necesaria y no parezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios legales análogos que resulten suficientes para establecerlo; (d) *ausencia de prohibición legal* para investigar el hecho.[54] Esto tiene relación con lo dispuesto en el artículo 160 del COGEP que establece que para ser admitida la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicarán según la ley, con lealtad y veracidad.

72. Los requisitos extrínsecos necesarios para la admisibilidad y la práctica de la prueba, son: (a) oportunidad *procesal*, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; (b) *formalidad adecuad*a para su petición, admisión, o decreto u ordenación y práctica; (c) *competencia y capacidad del juzgador* para recibirla y practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; (d) *legitimación* de quien la pide y decreta.[55] Así, el artículo 164 inciso 1 del COGEP, establece: "Para

[52] Dei Vecchi, Diego, *Ob. cit.*, pág. 246-251.
[53] El criterio de relevancia de un medio de prueba tiene que ver necesariamente con la justificación epistémica. Un medio de prueba es relevante cuando puede aportar información trascendente respecto del objeto de prueba; esto sucede cuando esa información puede considerarse razón epistémica para aceptar el objeto del proceso como verdadero, es decir, la proposición es verdadera. Una razón es epistémica cuando hace más probablemente verdadera una proposición.
[54] Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial,* t. 1 (Buenos Aires: Fidenter – Víctor de Zavalía, 1970), 278-9.
[55] *Ibíd.*, pág. 278.

que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código".

73. Por su parte, el artículo 162 del COGEP, dispone: "Debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requiera"; y, en este caso el artículo 163 del prenombrado código indica qué hechos no requieren ser probados. Por su parte, el artículo 169 del COGEP determina: "Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada".

74. A la vez, nuestra ley procesal —en este caso el COGEP—consagra los medios probatorios que pueden admitirse en un proceso y la forma legal de introducirlos, es decir, las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar convicción respecto de los hechos discutidos, ni la forma de presentarlos ante el juzgador; por ello, si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su criterio racional, eso no significa que puede aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la normativa legal como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración. Ello, lo ratifica la jurisprudencia.[56]

75. En este orden de ideas, corresponde a este tribunal analizar los argumentos presentados por la parte casacionista y confrontarlos con la sentencia censurada; para ello, a continuación, se transcribe la parte pertinente del fallo de alzada:

> […] SEPTIMO.- LA RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN Y LA MOTIVACION: 7.1: El Art. 158 del Código Orgánico General de Procesos, nos señala sobre la finalidad de la prueba que es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas. 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 jueza o el juez tendrán obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, así nos dice el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos. De acuerdo con el principio de la sana crítica para la apreciación de las pruebas que contiene la disposición legal invocada, el Juez tiene la facultad para desestimar una prueba por falta de convicción. 7.2. Sobre la pretensión de la demanda: Las partes el objeto de la controversia durante la audiencia preliminar delimitaron en lo siguiente: "La procedencia o no de una demanda de acción por prescripción extraordinario de dominio respecto al bien inmueble que se detalla en la demanda perteneciente a esta provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas". Los hechos de la demanda mencionan: "…Que desde el 2002, mantienen la posesión tranquila, pacifica e ininterrumpida sin clandestinidad de ninguna clase por más de 15 años del lote de terreno situado en el costado izquierdo del kilómetro ocho y medio de la vía panamericana Santo Domingo Quito; de este cantón Santo Domingo, singularizado situado dentro de la superficie de 2.400 metros cuadrados, circunscrito dentro de los siguientes linderos: NORTE: Terrenos de Nancy Noemi Sarango Escalante, actualmente sus señores hijos Rafael Alberto Narvaez Sarango, y Darwin Lizandro Leon Sarango en 80 metros; SUR: Propiedad de Teodomiro Yangua (Restauran Rey Cuy) 80,etros; ESTE: Carretera Panamericana Santo Domingo a Quito en 30 metros; OESTE: Con terrenos de Vinicio Troncoso actualmente propiedades de áreas verdes de CEPE con 30 metros. En el mencionado lote de terreno se construyó una edificación

[56] Ecuador. Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3, 583, 25 de febrero de 2000.

tipo media agua de bloque cubierta de zin cuatro por cuatro cercado con alambre de púas y postes de nacederos o estacas, por lo que piden, que mediante sentencia se conceda la Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio…". 7.3. Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o 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. Así nos refiere el Art. 715 del Código Civil. Al respecto y sobre esta disposición transcrita, el Maestro Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, nos dice: Que la posesión consta de dos elementos esenciales: La tenencia de la cosa y el ánimo de señor o dueño. Que la tenencia, significa, no solamente la aprehensión u ocupación material de una cosa, siendo el hecho de estar dicha cosa bajo nuestra potestad o a nuestra disposición, y así se aplica tanto en las cosas corporales como a las incorporales. El ánimo consta en la voluntad de gozar de la cosa como dueño, sin reconocer dominio ajeno. 7.4. El Art. 603 del Código Civil, nos enseña que la prescripción es un modo de adquirir el dominio. El Art. 2392 (ibídem), manifiesta: "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. Que se ganan por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, Art. 2398 del antes referido Cuerpo de Leyes. Que el tiempo necesario para adquirir la prescripción es de quince años, así nos manda el Art. 2411 del Código en mención. 7.5.- Para que opere la prescripción, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 7.5.1.-Que el bien sobre que se pide la prescripción adquisitiva de dominio sea prescriptible, porque no todas las cosas son prescriptibles. Al caso no es motivo de la controversia que el bien inmueble motivo de la litis, así lo certifica el Registro de la Propiedad (fs. 164), entonces no es ajena al comercio humano, por ende es susceptible de ser prescriptible. 7.5.2.- La posesión de la cosa, como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño: Esto no consta acreditado del proceso conforme así lo indica el fallo recurrido en el literal B del numeral 7.8, para esto es menester precisar lo siguiente: La parte actora y recurrente sostiene: "…Que el juzgador no valoró las copias certificadas del proceso civil No. 0041-2002, en que se les concedió el amparo posesorio del inmueble en disputa…". Lo que es contradicho por la contraparte que aduce: "Dicho fallo fue revocado por la Corte Provincial el año 2009…". Del proceso efectivamente se confirma las copias certificadas del juicio civil No. 0041-2002 (fs. 1 a 83 y 262 a 345), por amparo posesorio, cuya sentencia de la Corte Provincial de Pichincha dictada el 8 de enero del 2009 (fs. 64), acepta el recurso de apelación formulada por la demandada, se revoca el fallo subido en grado y se rechaza la demanda…. ", entre uno de los argumentos del fallo están el que: "…No se ha probado la posesión del inmueble…". Por ende la alegación del recurrente de que no se valoró esta prueba documental es infundada y procede su desestimación. También se constata /fs. 56 a 151) copias certificadas del juicio ordinario de prescripción No. 1963-2014-995-2000 y 23331-2013-14726, seguido por la señora Nancy Sarango, contra la señora Isabel Avenati Abuja, cuya sentencia de segunda instancia de fecha 20 de julio del 2016 (fs. 132 a 135 y 254 a 258) declara sin lugar la demanda. Más esta prueba es impertinente por no coincidir la singularización con el predio de la presente litis. Finalmente la parte recurrente sustenta en su recurso que el Juez A quo no valoró la inspección judicial efectuada al predio de la Litis, pero tal posición es inconsistente cuando refiere que el mismo perito señor Ing. Civil Nalter Ochoa no estableció que se encontraba en posesión del mismo, pero solicita que de

forma subsidiaria se valore la prueba documental que consta dentro del juicio 41-2002, lo que de por sí es impertinente por no ajustarse a los presupuestos del Art. 159 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo tanto este Tribunal coincide con el criterio del fallo recurrido de que no se justificó en el juicio la posesión del inmueble por los actores en el juicio. 7.5.3. Que se singularice el bien que se pretende prescribir: Esto no ha sido acreditado del proceso, en la demanda se establece como linderos del inmueble que se pretende prescribir NORTE: Terrenos de Nancy Noemí Sarango Escalante, actualmente sus señores hijos Rafael Alberto Narváez Sarango, y Darwin Lizandro Leon Sarango en 80 metros; SUR: Propiedad de Teodomiro Yangua (Restauran Rey Cuy) 80,etros; ESTE: Carretera Panamericana Santo Domingo a Quito en 30 metros; OESTE: Con terrenos de Vinicio Troncoso actualmente propiedades de áreas verdes de CEPE con 30 metros, con una superficie de 2.400 metros cuadrados. El mismo recurrente sostiene: "…Que el perito Ing. Civil Nalter Ochoa estableció una linderacion diferente, pero indica que debió ser valorada la prueba documental que consta dentro del juicio 41-2002, en cuya inspección judicial realizada en dicho proceso verifica los linderos del inmueble que hoy pretende prescribir…" Esto es impertinente por no ajustarse a los presupuestos de los artículos 228 y 229 del Código Orgánico General de Procesos. 7.5.4. Que se cuente con el legítimo contradictor: No es motivo de la controversia que el bien motivo de la litis tiene como propietarios a los accionados en este juicio 7.5.5. Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley: El numeral 4.1 del Art. 2410 del Código Civil, establece:" El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2409. …". El fallo recurrido, no analiza este presupuesto por no haberse justificado la posesión del inmueble en disputa. Por lo que no se acreditó la referida pretensión, o el tiempo de posesión del inmueble y cabe la desestimación de la pretensión por infundada […] (sic).

76. De la lectura del considerando séptimo del fallo recurrido, se observa que el tribunal *ad quem*, para construir su criterio y emitir su decisión con respecto a la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, tomó en consideración varios elementos de prueba presentados por los sujetos procesales para justificar el objeto del proceso. Así, por un lado, el tribunal manifestó que para que la prescripción adquisitiva de dominio pueda ser declarada, se debe verificar la existencia de ciertos requisitos, por ejemplo, que el bien inmueble sea prescriptible, lo cual fue acreditado con la presentación del certificado del Registro de la Propiedad del cantón Santo Domingo, en el que no se refleja impedimento alguno; y, estar en posesión del bien con ánimo de señor y dueño, es decir, no reconocer dominio del bien por parte de un tercero y gozar de los réditos del bien, lo cual a opinión del tribunal de apelación no ha sido acreditado por los actores, pues, existe una sentencia emitida por la Corte Provincial de Pichincha que revocó la sentencia que concedió el amparo posesorio en favor de los hoy actores, por considerar que no se probó la posesión del inmueble.

77. Adicionalmente, la parte actora ha presentado copias certificadas de los juicios ordinarios de prescripción signados con los números 995-2000[57]/2014-1963[58] y 23333-2013-14726, seguidos por la señora Nancy Sarango, demandada en la presente causa, en contra de la señora Isabel Avenati Albuja, pero dichos procesos hacen referencia a un predio que no tiene que ver con la identificación del predio que es materia de la pretensión de la parte actora.

78. Por otro lado, los actores solicitaron que se valore la prueba documental correspondiente al juicio

[57] Número asignado por el Juzgado Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha.
[58] Número asignado por la Unidad Judicial Civil, Mercantil y Laboral del cantón Santo Domingo, a propósito de la creación de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

41-2002, lo cual fue considerado por el tribunal *ad quem* como impertinente ya que no se ajustaba a las disposiciones contenidas en el artículo 159 de COGEP, estas son: i) que la prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se debe adjuntar a la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, salvo disposición en contrario; ii) que la prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en el mismo código; iii) que todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas del COGEP; iv) que la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única; y, v) que para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

79. Además, los actores manifestaron que el perito Ing. Nalter Ochoa estableció una singularización de linderos diferente, pero que debió valorarse la prueba constante en el juicio 41-2002, puesto que la inspección judicial que se realizó en ese proceso delimita los linderos del bien inmueble que se pretende prescribir, alegación que fue considerada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia como improcedente por no observar lo que establecen los artículos 228 y 229 del COGEP, que se refieren a la inspección judicial como medio de prueba y a su objetivo.

80. Todo ello, a criterio de los juzgadores de apelación, permite inferir que al no haberse acreditado la posesión del bien inmueble que es materia del litigio, mismo que constituye requisito necesario para que la pretensión que subyace en una demanda por prescripción adquisitiva de dominio se tenga como suficientemente probada –en términos de suficiencia epistémica- dentro de un sistema de sana crítica racional y con observancia de las reglas aplicables a la actividad probatoria, a los medios de prueba y al resultado probatorio; lo que correspondía era rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, hoy casacionista, y confirmar la sentencia de primera instancia, lo cual sucedió.

81. En este sentido, este tribunal de casación concuerda con el criterio del órgano jurisdiccional de alzada y no verifica arbitrariedad alguna en la valoración de los medios de prueba y en el razonamiento probatorio sobre el que se justificó la primera, pues, de los medios probatorios referidos por el tribunal de apelación no se puede declarar como verdadera –en términos de la prueba actuada en el proceso- la proposición presentada por los actores que tiene relación con que se han encontrado en posesión del bien inmueble en cuestión, por el lapso de quince años de manera ininterrumpida.

82. Por un lado, los casacionistas han manifestado que al no admitirse el contrato de compraventa con reconocimiento de firmas como prueba de la posesión, se han violado los artículos 1715, 1719 y 1726 del Código Civil, así como los artículos 193, 194, 195, 196 del COGEP, sin embargo, se debe recalcar que de acuerdo al segundo inciso del artículo 1740 del Código Civil, la venta de bienes raíces se reputa perfecta ante la ley únicamente, cuando es otorgada mediante escritura pública, razón por la que, si los recurrentes pretendieron acreditar el requisito de posesión del bien inmueble, debieron presentar la escritura pública de compraventa, pues, este es el único medio de prueba con el que se podía acreditar como verdadera la proposición alegada y que gira en torno a ser poseedores ininterrumpidos del bien inmueble objeto de la Litis, por lo que, al tribunal de alzada, en aplicación de dicha disposición normativa, no le correspondía admitir otra prueba que no sea dicha escritura.

83. Por otro lado, no se advierte que el órgano jurisdiccional de segunda instancia haya incurrido en un yerro de hermenéutica jurídica respecto de los artículos 1715, 1719, 1720 y 1728 del Código Civil, así como de los artículos 193, 194, 195, 196 del COGEP, debido a que, primero para fundamentar la causal cuarta por el vicio de errónea interpretación, la parte recurrente debía presentar el sentido errado que, aduce, el tribunal de apelación le otorgó a una disposición normativa y contrastarlo con la correcta interpretación de la misma.

84. Así, los artículos 1715, 1719, 1720 y 1728 del Código Civil tienen que ver con la prueba de las obligaciones: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Para la determinación de los medios de prueba se estará a lo que dispone el Código Orgánico General de

Procesos"[59]. "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos"[60]. "La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal"[61]. "Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales.[62]"

85. En la especie, se verifica que en el proceso no se buscaba extinguir una obligación sino un derecho del que son titulares los demandados, para que una vez extinto, los actores adquieran el bien inmueble por prescripción adquisitiva de dominio, por lo que la aplicación de dichas disposiciones normativas no es pertinente para la resolución del presente caso, pues tratan de la prueba de las obligaciones.

86. Respecto de los artículos 193, 194, 195 del COGEP, estos se refieren a las reglas generales de la prueba documental, en este sentido, el tribunal de alzada no ha resuelto inadmitir o controvertir los medios de prueba documentales que fueron presentados por la parte actora, sino que ha considerado que los que han sido aportados no se encontraban investidos de un umbral de suficiencia en virtud del cual se considere que los requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio se acreditaron en el proceso, por lo que dichas disposiciones normativas nada tienen que ver con el argumento al que los recurrentes enlazan su recurso de casación.

87. Adicionalmente, este tribunal de casación considera que los jueces de apelación no han infringido de manera alguna el artículo 172 de la Constitución, mismo que establece que los jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales y a la ley, pues, no se ha evidenciado arbitrariedad ni inobservancia de disposiciones normativas en su decisión.

88. En lo que se refiere al artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución, que establece que una de las garantías del derecho a la defensa consiste en ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente, en este sentido, este tribunal considera que no se evidencia falta de imparcialidad o de independencia al momento de decidir, así como tampoco se verifica falta de competencia de los juzgadores de instancia, por lo que han actuado de conformidad con lo que ordena la disposición constitucional.

89. Respecto del cargo relacionado con que no se ha cumplido con el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución, que dispone que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, es preciso recalcar que este tipo de acusación no es fundamento para interponer recurso de casación por el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, sino por el segundo, debido a que, la disposición normativa contenida en dicho numeral establece taxativamente que el recurso de casación podrá interponerse cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como cuando no cumplan

[59] Artículo 1715 del Código Civil.
[60] Artículo 1719 del Código Civil
[61] Artículo 1720 del Código Civil
[62] Artículo 1728 del Código Civil

el requisito de motivación, razón por la cual, este argumento no tiene sustento en los términos referidos.

90. La causal cuarta, como se dijo, tiene una particularidad y es que quien alega la contravención de preceptos sobre valoración de la prueba, debe a su vez, señalar la violación indirecta de normas de derecho, como requisito necesario para que el cargo alegado prospere; en el presente caso, los recurrentes no han señalado dicha violación, sino que únicamente han argumentado violación de varias disposiciones normativas sin vincular las mismas a las diversas infracciones que pueden ocurrir al amparo de la causal indicada.

91. Además, la argumentación presentada por los casacionistas evidencia que se encuentran inconformes con los hechos que los jueces de segunda instancia han declarado en su sentencia como probados durante el proceso, por lo que pretenden que este tribunal de casación realice una nueva valoración de los medios de prueba actuados en primera instancia en especial de contrato privado de compraventa reconocido judicialmente, lo cual no es posible, teniendo en cuenta que el recurso de casación al ser extraordinario, no constituye una nueva instancia, sino que por el contrario, pretende corregir los yerros de derecho en los que pueden incurrir los juzgadores de instancia, siempre que el recurso –en los términos planteados en la audiencia oral- proceda, pues, una vez más, se recuerda que el proceso civil se encuentra informado por el principio dispositivo, en virtud del cual, este Tribunal no puede suplir las deficiencias argumentativas en las que la parte recurrente haya incurrido al fundamentar su recurso. P<

92. En este sentido, se recalca que el recurso de casación es extraordinario y limitado, por lo que, la interposición del mismo obliga a quien lo presenta, por un lado, a observar, necesariamente, los requisitos que las disposiciones normativas que lo regulan establecen, y por otro lado, a desarrollar los argumentos en los que se fundamenta, de manera clara y precisa, pues, en el proceso civil, el principio que se atiende en toda instancia y recurso, es el dispositivo.

93. En consecuencia, este tribunal considera que el análisis probatorio por los yerros denunciados que realizan los jueces de alzada no es arbitrario, ilegal o ilegítimo, así como tampoco existe una infracción a la tutela judicial efectiva, debido proceso, motivación, seguridad jurídica, por lo que se desecha el cargo propuesto al amparo del caso cuarto del artículo 268 del COGEP.

V.- DECISIÓN DE LA SENTENCIA

94. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**":

1) Declara improcedente el recurso de casación presentado por los señores Julio Aguirre y Víctor Hermel Aguirre, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.
2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, emitida el 23 de octubre de 2019, las 11h51.
3) Sin costas que regular, en fase de casación.
4) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y devuélvase**.

f) Dr. H. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL PONENTE (E); Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Pablo Loayza Ortega, CONJUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *06335-2017-02500*
Resolución Nro. *94-2021*
Fecha: *viernes 17 de septiembre del 2021, las 12h32*

TEMA: La prescriptibilidad como requisito para que opere la acción extraordinaria adquisitiva de dominio.

ASUNTO

El demandante propone acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, con fundamento en el cumplimiento del plazo legal regulado como requisito para que se traslade la titularidad del bien inmueble a su favor, discutiéndose esencialmente su singularización, como presupuesto fundamental para que opere este modo de adquirir el dominio.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de la Unidad Judicial Civil del Cantón Riobamba manifiesta que para que tenga éxito la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es sustancial que se cumpla con los requisitos establecidos en el Código Civil, para lo que se necesita que el bien sea prescriptible, que la posesión sea con ánimo de señor y dueño, de forma pública, tranquila, ininterrumpida y exclusiva; asimismo, que la posesión haya durado el tiempo que determina la ley para el efecto; y, por último, que el bien que se pretenda adquirir sea determinado, singularizado e identificado por el accionante.

Se rechaza la acción propuesta por falta de prueba y debido a que no se puede deducir de manera clara si se contó o no con todos los titulares de dominio legitimados a contradecir. El juez agrega que tampoco se evidenció el requisito de determinación, individualización y singularización del bien, mismo que ha quedado aún más obscurecido con la inspección judicial y pericia efectuada, por cuanto, desde el mismo certificado de gravámenes, data un inmueble de una dimensión muy inferior a la pretendida por el actor, discrepando con lo que alude en la demanda.

La jueza estimó improcedente la acción de prescripción adquisitiva de dominio, por el insuficiente aporte probatorio del accionante para singularizar el inmueble que se pretende adquirir.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en decisión de mayoría, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el accionante y confirma el fallo emitido por la jueza de primer nivel, debido a que, a su consideración, el actor no presentó el sustento probatorio necesario para determinar la singularización del bien inmueble, como parte de los requisitos de la acción, lo que significa que, al no coincidir la pretensión con lo referido en el informe pericial y certificados de gravamen, no se cumple con la condición primordial de prescriptibilidad del predio, por lo que el tribunal rechaza la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 06335-2017-02500

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, viernes 17 de septiembre del 2021, las 12h32.

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Alfonso Lema Mullo, accionante, en contra de la sentencia emitida el jueves 22 de agosto del 2019, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que en decisión de mayoría, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el impugnante Alfonso Lema Mullo, y confirma el fallo de la Jueza *a quo*[1], que resuelve rechazar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 23 de enero del 2020; en esa virtud, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso admitido; instalada la referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, el órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, estimó procedente el recurso de casación interpuesto; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, se motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* al siguiente tenor:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza[2], Wilman Gabriel Terán Carrillo[3] y Himmler Roberto Guzmán Castañeda[4], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y

[1] Sentencia dictada por la abogada Elvia Rocío Valverde Silva, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.
[2] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76.3[5] de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de referido cuerpo normativo.

TERCERO:

VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) El señor Alfonso Lema Mullo, en calidad de actor, demanda a Rafael Orna Zavala, Carmen Isadora Orna Orna, y sus herederos, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; en el siguiente contexto:

> *"**CUARTO.- LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS DETALLADOS PORMENORIZADOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES, DEBIDAMENTE CLASIFICADOS Y NUMERADOS. Es como sigue.***
>
> *4.1.- Es el caso señor Juez que desde el 2 de enero del 2000, hasta la presente fecha el compareciente junto con mi familia, vengo manteniendo la **POSESIÓN TRANQUILA PACIFICA, ININTERRUMPIDA, PUBLICA, SIN CLANDESTINIDAD Y CON EL ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO**, respecto de un lote de terreno denominado Calvario, situado en la parroquia Licán, cantón Riobamba, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones actuales: **POR EL FRENTE:** Camino Publico, en diez metros; **POR EL UN LADO:** Corazón Orna, en sesenta y tres punto quince metros; **POR EL OTRO LADO:** Jaqueline Cantos, en sesenta y cinco punto diez metros; y, **POR EL FONDO:** Cementerio General de Licán, inmueble que tiene una superficie de 670.70 Mts.*
>
> ***QUINTO.- FUNDAMENTO DE DERECHO.-***
>
> *Con los antecedentes expuestos y fundamentándome en lo que dispone los **Arts. 603, 715, 2397, 2398, 2410, 2411, 2413 y más pertinentes del Código Civil Vigente**, concurro ante Usted Señor Juez y demando a quienes en vida se llamaron: **RAFAEL ORNA ZAVALA Y SU ESPOSA CARMEN ISIDORA ORNA ORNA, sus herederos: CARMEN VIRGINIA ORNA ORNA, JUANA ISIDORA ORNA ORNA, ELIAS ORNA ORNA, Y ENRIQUETA CELIA ORNA ORNA; Y LUIS CORAZON ORNA YAULEMA, MARIO ANTONIO ORNA YAULEMA, JOSE EUCLIDES ORNA YAULEMA, MARIA AURORA ORNA YAULEMA, NELI NARCISA ORNA YAULEMA, Y CARLOS AMADO ORNA YAULEMA, EN REPRESENTACIÓN DE SU PADRE FALLECIDO LUIS EUCLIDES ORNA ORNA, y a los herederos conocidos, presuntos y desconocidos** del lote de 670.70 Mts. , para la cual señalara lugar fecha y hora en que deba desarrollarse la **INSPECCIÓN***

[5] **Constitución de la República del Ecuador**: *"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: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)".*

***JUDICIAL**, Con esta diligencia probare la posesión pacifica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño, por más de quince años que vengo ejerciendo. (…) 2.- Sírvase enviar atento oficio **INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL CANTON RIOBAMBA:** De conformidad al inciso 5 del Art. 146 del Código Orgánico General de Procesos, solicito a usted se sirva notificar al Registro de Propiedad del Cantón Riobamba, para que inscriba la presente demanda. **SEPTIMO: PRETENCION CLARA Y PRECISA QUE EXIGE.** La pretensión de esta demanda es que su autoridad en sentencia me conceda la propiedad de forma legítima de modo que yo pueda realzar las escrituras exclusivas y expresamente a mi nombre y posteriormente inscribir en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba del bien inmueble materia de demanda, ya que vengo manteniendo en posesión real, material, tranquila, pacifica, publica y como propietario de la misma por más de quince años a la fecha como ordena la ley." (Sic)*

4.2) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda y la contestación a la misma, por parte del GAD accionado, en el siguiente sentido:

*"(…) **PRIMERO: LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS DETALLADOS Y PRONUNCIAMIENTO EXPRESO A LAS PRETENSIONES.***

1. *Señor Juez la parte actora alega que desde el 02 de enero del año 2000, está en posesión como verdadero propietario, sin violencia ni clandestinidad y con el ánimo de señor y dueño, de un bien inmueble "CALVARIO", ubicado en la Parroquia Licán, cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo, predio que indica tener los linderos que detalla en su demanda, con una superficie total de **SEISCIENTOS SETENTA METROS CUADRADOS CON SETENTA CENTÍMETROS CUADRADOS (670.70 m2)**, posesión que deberá probar de conformidad a su anuncio realizado en el escrito inicial de demanda de **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO.***
2. *Del certificado de gravámenes que figura del expediente, se desprende la historia de dominio de un lote de terreno ubicado en la Parroquia Lizarzaburu, cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo, cuyos linderos son diferentes de los especificados en la demanda, sin establecer incluso ninguna superficie, es decir no está DETERMINADA, mientras que el área que pretende prescribir la parte actora es de 670.70 m2, por lo tanto se verifica que el área que pretende adjudicarse la parte actora no está individualizada en el certificado de gravámenes, y pertenecería a un inmueble de mayor extensión, ante ello, **la municipalidad rechaza todo intento de fraccionamiento predial u omisión del trámite de regulación de excedentes y diferencias sin la respectiva autorización municipal**, pues de conformidad con el principio de competencia contemplado en el artículo 425 de la Constitución de la República, que en su último inciso dice "(…) 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". Por tanto, los municipios son los únicos organismos competentes para autorizar fraccionamientos prediales y regulación de excedente y diferencias de áreas en el cantón, en cumplimiento de la competencia exclusiva municipal de ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo, viabilizada a través de la función contemplada en la letra c) del artículo 54 del COOTAD "Funciones.- Son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal las siguientes: c) Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales;" por lo que, otorgar una prescripción en la que se fraccione un predio, resulta una clara vulneración a la Constitución, al COOTAD y LA Ordenanza No. 013 que regula las subdivisiones prediales, urbanizaciones, reestructuraciones parcelarias y proyectos de interés social, popular, publicada en el Registro Oficial N° 84 del 09 de diciembre de 1998.*
3. *En este mismo sentido el Doctor Wilson Andino en su Obra "La Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio en el Sistema Oral" contextualiza lo siguiente: "(…) El derecho urbanístico es una rama del derecho administrativo y sus disposiciones respecto del aprovechamiento del suelo atendiendo a las*

características del mismo, la provisión de servicios básicos…; ahora bien, si para transferir por acto entre vivos o por causa de muerte de un mueble un inmueble (SIC) han de observarse las prevenciones del derecho urbanístico contenido en el COOTAD…,así como en las respectivas ordenanzas dictadas por las Corporaciones Edilicias en ejercicio de su facultad legislativa reconocida en el artículo 228 párrafo segundo de la Constitución Política de la República, mal puede la figura de la usucapión servir de norma de cobertura para, por vía oblicua, burlar la ley y alcanzar una trasferencia de dominio en circunstancias en las que normalmente no se lograría por vía directa. En definitiva, no puede utilizarse la figura de la prescripción en fraude de la ley…Lo que no ac*aece en la presente contienda judicial en resolución que lo que se intenta es evadir el cumplimiento de la ley mentir a la majestad de la justicia como queda dicho*[1] *(…)".*

4. *A más de ello el artículo 969 del Código Civil determina: "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." Señalando de esta manera que no es suficiente que el actor aduzca que se encuentre en posesión de un lote de terreno sino que el mismo debe ser probado con HECHOS POSITIVOS.*
5. *Señalando a usted que según lo que determina el número 1 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador que indica: "Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: 1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural (…)" al GADMR le corresponde la planificación del desarrollo cantonal, observando de esta manera dentro de los procesos que se plantean por Prescripción Ordinaria o Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, si dicha acción va o no en contra del Ordenamiento Jurídico dentro del cantón.*
6. *Así mismo, señor Juez debe tener en consideración que desde la promulgación de la Constitución del 2008, se han incorporado en el que hacer público y privado varios derechos de carácter colectivo, como el Derecho a la Ciudad contemplado en el artículo 31 de la CRE que dice: (…), consecuentemente, al fraccionarse predios sin una planificación acertada, donde se prevean espacios de área verde, de encuentro común y de esparcimiento, afecta a todos el conglomerado social y al derecho a la ciudad que todos poseemos.*
7. *Falta de derecho del actor para proponer la presente acción, ya que para una persona poder solicitar la Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio, se requiere el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia, los mismos que en este caso no se cumplen, ya que el actor no ha estado en posesión del bien inmueble durante el tiempo legal y las condiciones necesarias, como la tenencia claramente individualizada del bien consecuentemente incumpliendo con lo determinado en los artículos 715, 969, 2410 y 2411 del Código Civil.*
8. *Es falso señor Juez, que la parte actora está en posesión del inmueble por lo que no se justificará la posesión del suelo con hechos positivos de aquellos que solo el dominio da derecho, tampoco cumple con lo que establece el artículo 2411 del Código Civil, por lo que ha permanecido única y exclusivamente como MERO TENEDOR, en virtud que se encuentran tratando de fraccionar o de subdividir un predio sin sujetarse a la figura apropiada de la partición, utilizando de forma inadecuada la figura jurídica de la Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio; con el único objetivo de tener escritura individual. (…)*

TERCERO: EXCEPCIONES:

Planteo como excepción, IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, por cuanto el actor pretende omitir el trámite ADMINISTRATIVO, de fraccionamiento violando normas jurídicas del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo, Ordenanza No. 013-1997 que regula las subdivisiones prediales, urbanizaciones, reestructuraciones parcelarias y proyectos de interés social, popular en la ciudad de Riobamba, publicada en el Registro

Oficial N° 84 del 09 de diciembre de 1998, Ordenanza Municipal No. 05, que reglamenta El Uso del Suelo en la ciudad de Riobamba, publicada en el Registro Oficial No. 56 del 28 de Octubre de 1998 y los fallos de Triple Reiteración dictados por la anterior Corte Suprema de Justicia publicado en la Gaceta Judicial V No. 40, VI No. 15, I No. 24; I No. 132, V No. 89; VII No.29, evidenciando que se trata de un fraccionamiento del inmueble motivo de la presente causa, puesto que debe tener autorización del Alcalde del GADM Riobamba, por lo que este trámite no es judicial sino administrativo, evidenciándose claramente que está engañando al Operador de Justicia transfigurando la verdad con el único afán de obtener sentencia favorable. (…)

QUINTO.- LA PRETENSIÓN CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE. *Con los antecedentes expuestos, solicito se sirva declarar SIN LUGAR la demanda. (…)" (Sic).*

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, la abogada Elvia Rocío Valverde Silva, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Riobamba de Chimborazo, emite su sentencia rechazando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 18 de junio de 2019, en el siguiente contexto:

"(…) ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:***

1) *Se rechaza la demanda propuesta por el señor ALFONSO LEMA MULLO por falta de prueba e improcedente.-*
2) *Ejecutoriada que sea esta sentencia, procédase a la cancelación de la inscripción de la demanda que consta a fs. 29 de los autos.*
3) *Por no verificarse una litigación abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad, ni la generación de obstáculos o dilatación procesal, de conformidad con lo previsto en el artículo 174 inciso segundo de la Constitución de la República, artículo 284 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos y la Resolución 123-2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura, sin costas ni honorarios que regular.-"(-Sic)*

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto oportunamente por el accionante Alfonso Lema Mullo, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en sentencia de mayoría de 22 de agosto del 2019, las 14h17, resuelve:

"(…)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", en decisión de MAYORÍA de los Doctores Victor Hugo Huilca Logroño y Luis Rodrigo Miranda Coronel, se RECHAZA el Recurso de Apelación interpuesto por el impugnante Alfonso Lema Mullo por improcedente y se CONFIRMA la resolución venida en grado dictada por la Jueza Aquo en todas sus partes.- ***"****(Sic)*

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Alfonso Lema Mullo, en calidad de actor, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 22 de agosto del 2020, admitió a trámite el recurso de casación planteado por Alfonso Lema Mullo, y dio trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

"(…)Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE, a trámite el recurso de casación propuesto ALFONSO LEMA MULLO. Por tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, que sustituye el Art. 270 del Cogep, se corre traslado a la contraparte para que en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. En lo demás, una vez fenecido el término legal, con la contestación o sin ella, se remitirá el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional d3e Justicia para que falle sobre el recurso". (Sic)

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

QUINTO:
LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.
5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[6].

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

> *"...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: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos..."*.

Este derecho, *per se,* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[7]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[8].

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho.*

---

[6] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

[7] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *"(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".*

[8] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** *"Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."[9].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

***"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación**. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."* (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que*"...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...".*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

"...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."[10], concluye sobre el tema indicando que *"(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa..."*[11].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.
[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[11] Ibídem, Pág. 28

Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[12]

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

> ***"Art. 266.- Procedencia.*** *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*
>
> *Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.*
>
> *Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración".*
>
> ***Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*
>
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*
>
> *3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.*
>
> *4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto.*
>
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.*
>
> ***Art. 269.- Procedimiento****. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (…)"*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente*

[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas... "[13].

El principio de taxatividad *(numerus clausus)* limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

> *"...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada..."*[14].

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
>
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
>
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
>
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
>
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[15].

Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[16]

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

[13] Orlando Rodriguez Ch., Casacion y Revision, Temis, Bogota, 2008, p. 67
[14] Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.
[15] Fernando de la Rua, El Recurso de Casacion, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[16] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

SEXTO:
ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando,* los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se,* es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el Código Orgánico General de Procesos, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.6)** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo a los cargos descritos en los numerales 2 y 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente el recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a estas causales, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

6.2) Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en relación con el argumento planteado por el casacionista.

El caso escogido para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos) establece lo siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado: **a)** que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; **b)** que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles; y, **c)** que el fallo no cumpla el requisito de motivación.

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

> *"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".*[17]

Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la Ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

Por tanto, el impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en

[17] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición ,Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

virtud del principio dispositivo[18], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores. De los enunciados del recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación. Indica que existe falta de motivación sobre los razonamientos fácticos, la apreciación y valoración de la prueba, y por incumplir el requisito de la lógica, infiere además que, en esa virtud, se han soslayado los artículos 89 del Código Orgánico General de Procesos, y 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Aclarado este punto, corresponde advertir que la garantía de motivación de las sentencias se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[19], doctrinaria[20], y jurisprudencialmente[21].

---

[18] **Constitución de la República del Ecuador:** *"Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. 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"*.

[19] **Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad,** en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela: *"El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso"*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

[20] **Dentro del ámbito doctrinario,** respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *"(…) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (…)"*. (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

[21] **Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho,** la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

> *"(…) Como parte esencial de los principios que forman parte del debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva , y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica, dentro de un Estado Constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país, no queden en la indefensión y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto"* (Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

> *"Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutiva. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como*

La garantía de la motivación de las sentencias se encuentra consagrada tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.- *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".*

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- *"Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*
(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:

"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".

En consecuencia, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se,* dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales debe sujetarse a ciertos estándares, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

---

efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutiva sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad" (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución Nº .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).

"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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****. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".* (Énfasis añadido).

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: "*...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión... "*[22] (Énfasis añadido). Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

Sobre la lógica y los estándares de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E, refirió lo siguiente:

"...Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera ***razonable, lógica y comprensible****, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados.* ***Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje****, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto... "*[23] (El subrayado nos corresponde).

Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, el interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si el recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, con solvencia y claridad, la transgresión a uno o varios estándares de la motivación, esto es, la falta de aplicación de principios constitucionales (razonabilidad), la incoherencia entre las premisas y la decisión (lógica), o, en su defecto, la falta de claridad en el lenguaje empleado por los juzgadores (comprensibilidad).

6.2.1) Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por el recurrente, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación el recurrente?

Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

[22] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.
[23] Sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E.

Dicho esto, la labor intelectiva de los integrantes del presente Tribunal de casación, debe concretarse en la resolución del siguiente problema jurídico:
¿La sentencia **de mayoría dictada el jueves 22 de agosto del 2019, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, adolece de motivación, por contener decisiones contradictorias o incompatibles?**
Por consiguiente, deviene en preciso estudiar el contenido de los argumentos esgrimidos por el objetante, al tenor de los estándares técnicos que rigen la sustanciación del presente medio impugnatorio y aquellos relacionados con la motivación, no exclusivos ni excluyentes para un análisis adecuado, ejercicio que lo hace en ulteriores líneas el suscrito Tribunal.
6.3) La otra causal elegida, por el recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem,* es la establecida en el numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo tenor es el siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto".*

Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia, el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se,* para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, la segunda de "normas de derecho sustantivo", lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

> *"Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la violación de la prueba conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal[24]".*

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

[24] Carlos Ramírez, Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma procesal violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.

Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

> *"La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración del aprueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (…) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente –medio de la prueba(…) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas.[25]"*

6.3.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien señala:

> *" (…) 2.- Ahora bien, en la parte Resolutiva de la sentencia de segunda instancia, APLICARON DE MANERA INDEBIDA, el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos, concerniente a la valoración de la prueba; pues, pese a que a los Juzgadores A qua, SE SOLICITO INTRODUCIR PRUEBA NUEVA, conforme el Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto fue la asistencia de un perito, que demostraría la carencia de lógica de la sentencia; pues conforme al certificado de gravámenes, se trata de tres compras, realizada por los demandados, los mismos que conforman un cuerpo cierto de terreno, por el error fatal de que en el Registro de la Propiedad, constan compras en varas y no en metros, de la que nada se menciona, se me negó; dejándome en la completa indefensión, y, vulnerando lo establecido en el Art. 161 y 162 del Código Orgánico General de Procesos, los mismos que ostentan la calidad de PERTINENTE, CONDUNCENTE Y NECESARIO, y de ésta manera establecer la verdad histórica v procesal bajo las facultadas jurisdiccionales, permitidas por la ley, específicamente en el Art. 168, del Código Orgánico General de Procesos; de ahí, que, al actuar de ésta manera, violentaron el principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba. que consiste que la prueba debe ser apreciada por el juzgador en UNIDAD y su única función, consiste en establecer la realidad, con el objeto de no inducir al juzgador a ningún engaño u ocultar la realidad.*
>
> *Por todas estas consideraciones establecidas en el presente acápite, la sentencia de segunda instancia, se encuentra inmersa en la causal # 4 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos." (Sic)*

6.3.2) De los enunciados esbozados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **aplicación indebida**, el mismo que opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución.

[25] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120 -121.

La aplicación indebida, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

6.4) En lo puntual, las causales admitidas a casación, son la 2 y 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.5) La estructura formal de la sentencia acusada.

Al revisar la sentencia objeto del recurso, se tiene que su parte considerativa, se encuentra dividida en ocho apartados: El Considerando Primero, atiende a la competencia del *ad-quem*. Luego el Considerando Segundo, de forma simple se concretiza en declarar la validez del proceso. Después el Considerando Tercero, refiere aspectos genéricos del recurso de apelación. Al llegar al Considerando Cuarto, se observa el resumen de las actuaciones procesales acaecidas con ocasión del medio impugnatorio ante el *ad quem,* en torno al recurso con efecto diferido. El considerando Quinto, es un breve relato de la relación procesal, donde se singulariza la súplica al órgano jurisdiccional, su contradictorio, los actos procesales realizados. El considerando Sexto, de forma abstracta hace referencia al ámbito conceptual de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sin concatenar los enunciados plasmados con el caso concreto. El Considerando Octavo, hace referencia a los cinco requisitos indispensables y concurrentes para que opere la usucapión, en los cuales de forma abstracta, se menciona que el requisito atinente a que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, no está cumplido.

Volviendo al Considerando Octavo, la resolución impugnada establece lo siguiente:

> *"(…) OCTAVO.- Como se señaló en el "Considerando 6.1)" de esta sentencia existen CINCO requisitos INDISPENSABLES Y CONCURRENTES para que opere la usucapión:*
> *8.1) Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible. El bien inmueble materia del juicio se encuentra en el comercio humano, cumpliéndose por tanto tal exigencia.*
> *8.2) La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; y, 8.3) Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la ley. El actor Alfonso Lema Mullo, en su escrito inicial afirma haber entrado en posesión del inmueble a partir del día 2 de enero del 2000.*
> *8.3) En cuanto a que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, NO SE HA SINGULARIZADO, DETERMINADO, ni IDENTIFICADO técnicamente; así del Certificado de Gravámenes adjuntado por el actor y producido como prueba, tenemos que:*
> *8.3.1) Mediante escritura celebrada el 18 de mayo de 1955, e inscrita el 28 de junio de 1955, Lucas Orna Urquizo, vende en favor del señor Rafael Orna Zabala y su esposa Carmen Orna, las ACCIONES Y DERECHOS equivalentes a tres varas de ancho por todo el largo, en el predio denominado "CALVARIO", situado en la parroquia Licán de este cantón, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: Por la cabecera: Cementerio de Licán; Por el pie: Camino público; Por un lado de Julio Ruiz; y, por el otro lado de Darío Orozco y Rosa Yaulema. ES DECIR NO SE ESPECIFICA A QUE PROPORCIÓN O PORCENTAJE CORRESPONDEN LOS DERECHOS Y ACCIONES VENDIDOS; 10%, 20%, 30%, 50%, 75%, etc. de la totalidad del inmueble "Calvario".*
> *8.3.2) Posteriormente mediante escritura celebrada el 12 de mayo de 1955, e inscrita el 8 de agosto de 1955, los señores Segundo y Carlos Orna Cantos, venden a favor de Rafael Orna Zabala y su esposa Carmen Orna, las ACCIONES Y DERECHOS equivalentes a tres varas de ancho por todo el largo, en el predio denominado "CALVARIO", SITUADO EN LA PARROQUIA Licán de este cantón, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: Por la cabecera: Cementerio de Licán; Por el pie: Camino público; por un lado de Julio Ruiz; y, por el otro lado de Darío Orozco y Rosa Yaulema. EN IDÉNTICO SENTIDO NO SE ESTABLECE A QUE PORCENTAJE CORRESPONDEN TALES DERECHOS Y ACCIONES.*

8.3.3) Avanzando en el tiempo, mediante escritura celebrada el 29 de marzo de 1957, inscrita el 9 de abril de 1957, el señor Luis Adán Orna vende a favor del señor Rafael Orna, las acciones y derechos de un retazo de terreno llamado "CALVARIO", dentro de lo siguientes linderos: Por la cabecera: Cementerio; Por el pie: Camino público; por un lado del mismo comprador; y, por el otro lado de Julio Ruiz.
8.3.4) Al fallecimiento de los señores Rafael Orna Zavala y su esposa Carmen Isidora Orna Orna. Sus hijos Carmen Virginia; Juana; Elías; y, Celia Orna Orna; y, Corazón, Mario Antonio; José Euclides; María; Nelly; y, Carlos Amado Orna Yaulema en representación de su fallecido padre Luis Euclides Orna Orna; han obtenido posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes.
8.3.5) Al final del certificado, se establece que las "ACCIONES Y DERECHOS" materia de las adquisiciones antes mencionadas, no reconocen gravamen hipotecario de ninguna clase, ni se hallan embargadas, ni arrendadas, ni en anticresis, ni prohibido de enajenar o gravar. NO SE TRATA PUES DE UN BIEN INMUEBLE DELIMITADO O CUERPO CIERTO, PUES DE ÉL SOLO SE ESTABLECEN ACCIONES Y DERECHOS DIFUSOS Y NO DETERMINADOS. SIN QUE SE ESTABLEZCA QUE SE TRATE DE LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE.
8.4) De la demanda propuesta por el accionante Alfonso Lema Mullo, se verifica que su PRETENSIÓN es que se le declare propietario exclusivo del inmueble cuyos linderos consigna que tiene una superficie de 670,70 m2, del que incluso adjunta una planimetría la misma que obra a fs. 2 realizada por el Ing. Juan Lema Escobar. Del Informe Pericial constante de fs. 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88 y 89, referente a la Inspección Ocular practicada dentro del proceso realizada por el Ingeniero Civil Lino Tene Mullo se establece que el bien objeto del proceso se encuentra singularizado por los siguientes linderos: Por el Norte: Avenida Luis Arturo Barahona en 10,71 m. Por el Sur: Acequia de regadío en 10,00 m. Por el Este: Jaqueline Cantos en 18,08 m.; José Manuel Chuto en 13,40 m.; y, Jaqueline Cantos en 35,32 m., dando una longitud de 66,80 m; y, Por el Oeste: Corazón Orna 66.09 m. Con una superficie total de 687.56 m2 Medida que sobrepasa en exceso la pretensión del actor, por lo que no se singulariza el lote de terreno que se pretende usucapir con el existente en la realidad física, en cuanto a la dimensión del mismo, peor aún en cuanto a los linderos constantes en la demanda, génesis y límite del juicio. (…)
Es necesario recordar lo sabiamente puntualizado por el maestro italiano Pietro Ellero: "El Informe Pericial -dice-, se enumera entre las pruebas; pero, realmente, no es un medio de prueba, sino el reconocimiento de una prueba ya existente. Es un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándola al modo como los anteojos auxilian al sentido de la vista"
8.5) Por tanto el Juzgador no puede -por mandato constitucional y legal- violentar el Principio de Congruencia, por el cual se establece que debe existir coherencia entre <lo PEDIDO> <lo PROBADO> y <lo RESUELTO>. La sentencia que relega los límites del objeto procesal; y, excede de las pretensiones de las partes quebrantaría dicho principio.
Respecto a los Requisitos Internos de un fallo, el tratadista argentino De la Rúa señala acertadamente:
"En cuanto al contenido: a) el juez debe resolver todas las cuestiones esenciales que hayan sido objeto del proceso; b) su decisión debe guardar correlación (congruencia con lo pedido y resistido); y c) en lo que atañe al contenido volitivo, el fallo debe ser expresión de la libre voluntad jurisdiccional del tribunal."
"Una sentencia, para ser válida desde el punto de vista procesal y desde el punto de vista constitucional, debe respetar el principio de congruencia; no resolver fuera de lo propuesto por las partes, ni dejar de resolver las cuestiones esenciales planteadas por ellas."
En materia civil, el Juzgador debe resolver en base a las pretensiones y excepciones de las partes, propuestas por el actor y demandado, en su orden, no opera la <ultra petita> o <extra petita> pues no se trata de Derecho Social, como el laboral por ejemplo.
El Recurso de Apelación debe respetar el Principio de Correlación o Congruencia, en dicho sentido se ha pronunciado la Sala en diversas sentencias, sobre éste agrega el autor ya citado: "Una manifestación de esos derechos es el principio de correlación o congruencia, según el cual la sentencia debe limitarse a las

pretensiones que forman el objeto del proceso "Sententia debet esse conformis libelo". La jurisdicción, pues, está relacionada con la acción "Ne ex iudex ultra petita partium". Sin embargo, formulada la pretensión básica; hay casos en que el juez tiene amplitud para resolver: determinación prudencial de la indemnización; graduación de la pena; rechazo del divorcio; ultra petita en materia laboral. Esa amplitud se da en la primera instancia. Pero en segunda instancia el principio de congruencia tiene manifestaciones específicas, más limitantes y rigurosas por que el juicio de apelación tiene un objeto propio, que son las pretensiones impugnativas de los recurrentes, y la voluntad de éstos limita o condicionan más al juez del recurso. Sus agravios constituyen el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver: "Tantum devolutum quantum appellatum" Su competencia funcional está determinada por los motivos invocados por el recurrente en función de los agravios por el perjuicio ocasionado por el fallo. (…) Esto significa que para habilitar al tribunal de alzada debe mediar un recurso válido, deducido por parte legítima que padezca un perjuicio e invoque un agravio, lo mantenga y no lo desista, y verse sobre cuestiones propuestas en la instancia inferior."(Sic)

Del fragmento *ut supra*, se tiene que, el *ad quem*, respecto de los requisitos 1, 2 y 3 indispensables y concurrentes para que opere la usucapión, sólo enumera los mismos, sin conexión alguna con el caso concreto, lo que denota la enunciación de conclusiones sin correspondencia con las premisas de la especie; en torno al requisito 5, ni siquiera es invocado por el *ad quem*, en su análisis; respecto del requisito 4, atinente a que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, el Tribunal de apelación, construye su resolución, basado en el argumento que los antecedentes de dominio del bien objeto de demanda, emergen de la compra venta de derechos y acciones a favor de los demandados, lo que impide determinar su singularidad, del mismo modo, sostienen que la súplica del actor en la que se describe las dimensiones y linderos del bien a ser prescrito, difieren en cuanto a los datos obtenidos de la prueba actuada, concluyendo que dicho requisito no se encuentra cumplido, sin invocar norma jurídica alguna al respecto; sobre la base de estos enunciados, concluye señalando que el órgano jurisdiccional por mandato constitucional y legal (sin señalar norma alguna) no puede violentar el principio de congruencia, más aún en materia civil en donde el juzgador debe resolver en base a las pretensiones y excepciones de las partes, para que no opere la *ultra petita* o extra *petita*, sin explicar el sentido de dichos asertos al caso concreto.

Dentro de la sentencia impugnada, se avizora que esta carece de análisis, desde su singularidad; es de anotar que acorde al artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 76 numeral 7 literal l), de la Constitución, reza que entre las facultades esenciales de juezas y jueces, esté el deber de ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes; por lo tanto deben: "*Motivar debidamente sus resoluciones. 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 (…)".* Lo cual guarda sindéresis con el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos.

Contrastado lo citado en párrafos anteriores, se determina que la sentencia del *ad quem*, no contiene normas jurídicas que justifiquen sus enunciados; existe incongruencia entre las premisas desplegadas para resolver el caso y la conclusión a la que arriban, consecuentemente esto influye en la decisión que conduce a una decisión alejada a derecho, no comprensible para el auditorio social, por lo que la sentencia analizada en el *in examine* adolece de motivación.

Por todo lo expuesto, se concluye que la sentencia del *ad quem*, incurre en el yerro *in iure* acusado (caso 2 del artículo 268 del COGEP), por el recurrente; ergo, se determina la procedencia del recurso interpuesto.

Dada la procedencia del cargo aludido, resulta inoficioso analizar el segundo reproche invocado por el recurrente.

6.6) Conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, dada la procedencia del recurso de casación planteado, corresponde casar la sentencia en mérito de los autos y expedir la resolución que corresponde reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que se estima correctos, en ese escenario, se dicta:

SENTENCIA DE MERITO:

6.7) El ciudadano Alfonso Lema Mullo, en calidad de actor, demanda a Rafael Orna Zavala, Carmen Isadora Orna Orna, y sus herederos, la prescripción

extraordinaria adquisitiva de dominio; en el contexto establecido en el numeral **4.1)** del considerando CUARTO de la presente resolución.

6.8) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda y la contestación a la misma, por parte del GAD accionado, conforme lo descrito en el numeral **4.2)** del considerando CUARTO de la presente resolución; no consta que los demandados Rafael Orna Zavala, Carmen Isadora Orna Orna, y sus herederos, hayan comparecido al proceso, pese a ser legalmente citados.

6.9) Del escenario procesal planteado, en la sentencia impugnada, se llega a tener como hechos ciertos, lo siguiente:

- La existencia del bien inmueble lote de terreno denominado "Calvario", situado en la parroquia Licán, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo.
- Según la demanda el inmueble referido *ut supra*, se halla comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones actuales: por el frente: Camino Publico, en diez metros; por el un lado: Corazón Orna, en sesenta y tres punto quince metros; por el otro lado: Jaqueline Cantos, en sesenta y cinco punto diez metros; y, por el fondo: Cementerio General de Licán, inmueble que tiene una superficie de 670.70 metros cuadrados; sin embargo, según los hechos fijados como ciertos, el mismo se encuentra singularizado por los siguientes linderos: Por el Norte: Avenida Luis Arturo Barahona en 10,71 metros. Por el Sur: Acequia de regadío en 10,00 metros. Por el Este: Jaqueline Cantos en 18,08 metros; José Manuel Chuto en 13,40 metros; y, Jaqueline Cantos en 35,32 metros, dando una longitud de 66,80 metros; y, Por el Oeste: Corazón Orna 66.09 metros, con una superficie total de 687.56 metros cuadrados; lo que no excluye que se trate del mismo bien inmueble, en base a los hechos contrastados y fijados en la especie.
- Los antecedentes del bien inmueble, detallan que mediante escritura celebrada el 18 de mayo de 1955, e inscrita el 28 de junio de 1955, Lucas Orna Urquizo, vende en favor del señor Rafael Orna Zabala y su esposa Carmen Orna, las acciones y derechos equivalentes a tres varas de ancho por todo el largo, en el predio denominado "Calvario", situado en la parroquia Licán del cantón Riobamba, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: Por la cabecera: Cementerio de Licán; Por el pie: Camino público; Por un lado de Julio Ruiz; y, por el otro lado Darío Orozco y Rosa Yaulema; también, mediante escritura celebrada el 12 de mayo de 1955, e inscrita el 8 de agosto de 1955, los señores Segundo y Carlos Orna Cantos, venden a favor de Rafael Orna Zabala y su esposa Carmen Orna, las acciones y derechos equivalentes a tres varas de ancho por todo el largo, en el predio denominado "Calvario", situado en la parroquia Licán del cantón Riobamba, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: Por la cabecera: Cementerio de Licán; Por el pie: Camino público; por un lado de Julio Ruiz; y, por el otro lado Darío Orozco y Rosa Yaulema. Ulteriormente, mediante escritura celebrada el 29 de marzo de 1957, inscrita el 9 de abril de 1957, el señor Luis Adán Orna vende a favor del señor Rafael Orna, las acciones y derechos de un retazo de terreno llamado "Calvario", dentro de lo siguientes linderos: Por la cabecera: Cementerio; Por el pie: Camino público; por un lado del mismo comprador; y, por el otro lado de Julio Ruiz. Al fallecimiento de los señores Rafael Orna Zavala y su esposa Carmen Isidora Orna Orna, sus hijos Carmen Virginia; Juana; Elías; y, Celia Orna Orna; y, Corazón, Mario Antonio; José Euclides; María; Nelly; y, Carlos Amado Orna Yaulema en representación de su fallecido padre Luis Euclides Orna Orna; han obtenido posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes.
- Alfonso Lema Mullo, es conocido en la Parroquia Lican, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, desde el año 2000, que llegó a vivir en el inmueble objeto de la demanda con su familia, en una casa antigua que existía en el mismo, que ulteriormente hizo una construcción, que siempre ha vivido ahí, que ha realizado siembras en el lugar, que nunca ha tenido problemas y siempre ha colaborado en las mingas y sesiones del barrio.

6.10) Delimitados los hechos que se tienen como ciertos en el *in examine,* corresponde, determinar su correspondencia o no con los requisitos que desde el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, y la ley, se establecen para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

La institución jurídica analizada, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona.

La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 supra, salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción, el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

A la luz del artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *"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".*

Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

> "*La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 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 personan su lugar y a su nombre". En la jurisprudencia se destaca que "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".*[26]

Así mismo, ha señalado lo siguiente:

> *"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere:* ***1er. Requisito:*** *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.* ***2do. Requisito****: 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*

[26] Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

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. ***3er. Requisito:*** *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.* ***4to Requisito****.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.-* ***5to Requisito****.- 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."*[27] (Énfasis fuera del texto)

Sobre la base de lo enunciado *ut supra,* corresponde de forma razonable, lógica y comprensible, determinar si los hechos fijados como ciertos reproducen la hipótesis contenida en las normas que establecen los requisitos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio:

6.11) A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; aquello tomando como referente que no todas las cosas son prescriptibles, pues 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.

Un tema de relevancia al analizar este requisito, es delimitar y discriminar si el bien inmueble objeto del proceso está o no fuera del comercio humano:

El Código Civil en su artículo 2398 establece: *"(…) 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".*

No todos los bienes corporales, gozan del mismo tratamiento, pues hay que distinguir entre cosas comerciales reguladas por el derecho privado y cosas incomerciales o fuera del comercio humano, en específico aquellas reguladas por el derecho público. Las cosas comerciales, son aquellas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, pudiendo así sobre ellas recaer un derecho real o constituirse un derecho personal, siendo susceptibles de incorporarse al patrimonio de una persona. Las cosas que están fuera del comercio humano, son aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de los particulares; sin poder ser susceptibles de un derecho real ni personal; por lo que, no pueden incorporarse a patrimonio alguno. En el derecho público, hay cosas que en razón de su naturaleza están fuera del comercio humano, siendo aquellas comunes a todas las personas y que de manera absoluta, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general y por ello, no las alcanza el comercio humano, de manera absoluta y definitiva como es el caso del alta mar, el espacio aéreo, etc.; también en el derecho público, hay otro conjunto de cosas que en razón de su destino, están fuera del comercio humano, que pese a ser susceptibles de comercialización por su naturaleza, han sido sustraídas del comercio jurídico, al haber sido destinadas a un fin público, como son calles, plazas, caminos, en fin bienes nacionales, estatales o fiscales, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas de carácter público, como el caso de las concesiones, subastas, adjudicaciones, etc. regladas en la ley según la naturaleza o destino de la concesión, subasta, adjudicación, etc.; por ello, desde el punto de vista del derecho privado, se las considera fuera del comercio humano, aspecto que no es absoluto, por existir la posibilidad de ser desafectados, y convertirse en bienes comerciables.

En el presente caso, se tiene que la descripción dada en la sentencia objeto de estudio, sobre el inmueble pretendido, registra que tiene sus antecedentes translativos de dominio derivados de relaciones jurídicas entre particulares; ergo, se trata de un bien que está en el ámbito del derecho privado, en el comercio humano; *per se,* prescriptible, susceptible de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

6.12) El **segundo requisito** para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tiene relación con la posesión, entendida como la

[27] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

Uno de los elementos necesarios para la prescripción extraordinaria es el ánimo de verdadero señor o dueño, es decir como si fuera de propiedad de uno, el poseedor debe comportarse como dueño absoluto y exclusivo del bien inmueble. Por ejemplo si existiese un contrato de arrendamiento con alguien que firma como propietario, se está reconociendo que no es de su propiedad, por lo tanto, no es poseedor sino solamente mero tenedor. Como el ánimo o voluntad esta intrínsecamente dentro de una persona, se necesita exteriorizar, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, es una posesión viciosa que no sirve para adquirir.

Esta exteriorización se efectúa mediante "hechos posesorios" que demuestran el ánimo de dueño, como por ejemplo edificar, cercar, conectar servicios públicos (agua, luz, teléfono, etc.) o cualquier acto que un propietario acostumbra realizar.

Es decir, la posesión con ánimo de señor y dueño, implica que el poseedor no reconoce vínculo alguno con el titular, empero, posee sin admitir derecho mayor al suyo. En efecto, carecen de *animus domini* los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen en calidad de arrendatarios, como datarios, depositarios, etc.

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.

La buena fe es uno de los elementos que determina la posesión pública, tranquila, no interrumpida del bien inmueble cuya prescripción se pretende; la buena fe se presume de derecho, por lo tanto no admite prueba en contrario, pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe.

> *"La excepción tiene una contra excepción se vuelve a la regla general de que no cabe prescripción contra título inscrito, si el poseedor "material" de la finca, tiene un título de mera tenencia. En este caso se cambia la regla: se presume la mala fe. Esto es muy lógico, ya que quien entra en posesión por un título de mero poseedor, reconoce la posesión de otro: la mera tenencia supone la existencia de un poseedor distinto; por ejemplo, el arrendatario, es un mero tenedor, y al actuar como arrendatario está reconociendo la propiedad y la posesión del propietario que es otra persona distinta de él".* [28]

De conformidad con el artículo 729 del Código Civil *"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)".*

En la especie, no se tiene como hecho cierto que el accionante esté en posesión del bien cuya prescripción se persigue, en virtud de un título que determine su condición de mero tenedor; *a contrario sensu*, se avizora que el accionante ejerce la posesión del bien inmueble, ejecutando actos de señor y dueño *(Alfonso Lema Mullo, es conocido en la Parroquia Lican, desde el año 2000, que llegó a vivir en el inmueble objeto de la demanda con su familia, en una casa antigua que existía en el mismo, que ulteriormente hizo una construcción, que siempre ha vivido ahí, que ha realizado siembras en el lugar, que nunca ha tenido problemas y siempre ha colaborado en las mingas y sesiones del barrio).*

Conforme lo indicado *ut supra*, la posesión analizada en este punto y requerida para que proceda legalmente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva, dentro de los términos establecidos por la ley:

El artículo 728 del Código Civil, establece que *"posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella";* la **posesión pública** se opone a la clandestina, es decir que, se ejerce sin ocultarla a persona alguna. Para que la posesión no sea clandestina, los actos posesorios deben ser notorios de modo que puedan ser interpretados con el ánimo "de señor o dueño".

En torno a la **posesión pacífica,** es decir no violenta, el poseedor pacifico debe recurrir a las acciones

[28] Larrea Holguín, Juan (2002). *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador"*, Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador, 2005, p. 462.

judiciales correspondientes para defender su posesión si es atacada, pero no puede rechazar por la fuerza a quien pretende apoderarse de la cosa que posee, de lo contrario puede incurrir en la posesión violenta establecida en el artículo 725 del Código Civil.

La posesión debe ser también exclusiva, si es compartida por varios poseedores, esas personas forman un solo sujeto, es un ejemplo claro el de los condóminos, la exclusividad de la posesión se refiere a una cosa determinada, no posee todo el predio, quien solamente hace actos posesorios en una parte.

Finalmente la posesión debe ser no interrumpida. La interrupción sea natural o civil hace referencia a un acto del titular del derecho, que produce la privación de la posesión a otra, o también en el ejercicio de un recurso judicial por parte del mismo titular contra el poseedor, es decir el dueño del bien inmueble ejerce el derecho de interrumpir natural o civilmente la prescripción.

De los hechos fijados como ciertos, en la especie, se avizora que, Alfonso Lema Mullo, es conocido en la Parroquia Lican, del cantón Riobamba, desde el año 2000, que llegó a vivir en el inmueble objeto de la demanda con su familia, en una casa antigua que existía en el mismo, que ulteriormente hizo una construcción, que siempre ha vivido ahí, que ha realizado siembras en el lugar, que nunca ha tenido problemas y siempre ha colaborado en las mingas y sesiones del barrio, *per se,* está en posesión pública, pacifica, tranquila, no interrumpida, exclusiva, del bien inmueble, ejerciendo actos de señor y dueño de buena fe.

6.13) El **tercer requisito**, hace relación a que la posesión analizada *ut supra*, haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, conforme la garantía normativa descrita en el artículo 2411 del Código Civil; en la especie, Alfonso Lema Mullo, conforme lo fijado como cierto, está en posesión del bien inmueble cuya prescripción persigue desde el año 2000, es decir por más de quince años contados hasta la fecha en que presentó su acción.

7.14) El **cuarto requisito**, tiene relación con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a prescribirse.

Son imprescriptibles, entre otras, **las cosas indeterminadas;** ergo, pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

En la casuística nacional, en torno a este elemento y su configuración, se ha extrapolado la posición jurídica, en cuanto a la exactitud en la individualización del bien; sobre el tema, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"(…) En definitiva, desde la época en que se celebró esa escritura hasta el momento de presentación de la demanda, bien pudo suceder que varíen los linderos, por el nombre de los vecinos colindantes, y que las medidas utilizadas son antiguas, habiéndose actualizado; pero lo que importa a fines de esta acción, como se ha señalado, es que no quepa duda alguna respecto a que se trata en realidad del mismo inmueble, coincidiendo los linderos establecidos en la inspección judicial -diligencia probatoria de singular importancia porque permite al Juez conocer con exactitud la verdad de las cosas y los hechos invocados por las partes- y el peritaje con los que se han señalado en la demanda; que las medidas varíen en centímetros reitera que los miembros del Tribunal de última instancia han fallado con evidente legalismo e interpretación servil de la ley. Por último, hay que añadir que la parte demandada en ningún momento objetó que se trate de un inmueble distinto, menos aún que esté indebidamente singularizado (…)"*[29].

El análisis que hace el máximo órgano jurisdiccional, tiene su fundamento en los principios que

[29] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 416-06 dictada en el proceso de casación. No. 124-2005, publicada en el Registro Oficial No. 499, 5 de Enero 2009

rigen la administración de justicia, en el Estado constitucional de derecho y justicia, cuyo fin último es la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas), a través de un ejercicio argumentativo que logre la tutela judicial efectiva, en correlación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, en donde la formalidad no debe rebasar lo sustancial, al momento de resolver un conflicto.

En la especie, se tiene que el inmueble cuya prescripción se demanda, se halla comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones actuales: por el frente: Camino Publico, en diez metros; por el un lado: Corazón Orna, en sesenta y tres punto quince metros; por el otro lado: Jaqueline Cantos, en sesenta y cinco punto diez metros; y, por el fondo: Cementerio General de Licán, inmueble que tiene una superficie de 670.70 metros cuadrados; sin embargo, de los hechos fijados como ciertos, el mismo se encuentra singularizado por los siguientes linderos: Por el Norte: Avenida Luis Arturo Barahona en 10,71 metros; Por el Sur: Acequia de regadío en 10,00 metros; Por el Este: Jaqueline Cantos en 18,08 metros; José Manuel Chuto en 13,40 metros; y, Jaqueline Cantos en 35,32 metros, dando una longitud de 66,80 metros; y, Por el Oeste: Corazón Orna 66.09 metros, con una superficie total de 687.56 metros cuadrados; lo que no excluye que se trate del mismo bien inmueble.

En definitiva, desde la época en que se presentó la demanda hasta el momento en que se practicó la diligencia correspondiente para justificar la singularización e individualización del inmueble, o viceversa, bien pudo suceder que varíen los linderos, por el nombre de los vecinos colindantes, y que las medidas utilizadas son antiguas, habiéndose actualizado; pero lo que importa a fines de esta acción, como se ha señalado, es que no quepa duda alguna respecto a que se trata en realidad del mismo inmueble, coincidiendo los linderos establecidos en el caso concreto que permiten al órgano jurisdiccional conocer con certeza la verdad de las cosas y los hechos invocados en la súplica; ergo, que las medidas varíen ínfimamente, a sabiendas de que se trata del mismo bien inmueble, en el caso, no es trascendente para excluir la configuración del requisito de la prescripción, relacionado con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado; *a contrario sensu,* se avizora su configuración con total convencimiento.

6.15) El quinto y último **requisito,** para la procedencia del instituto en análisis, tiene relación con 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.

En cuanto a la **legitimación pasiva,** la acción debe dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir.

Además de conformidad con lo previsto en la Disposición General Decima del Código Orgánico de Organización Territorial. Autonomía y descentralización, se debe obligatoriamente contar con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien, bajo pena de nulidad.

> *"En todo juicio en que se demanda la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble situado en el área urbana o rural se citará al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. El incumplimiento de esta disposición será causal de nulidad del juicio.".*

La Corte Nacional en sentencia No. 0198-2013 dentro del juicio ordinario No. 613-2012, al respecto señala:

> "*Finalmente, y respecto del cuarto, que constituye requisito sine qua non, conforme los fallos obligatorios de la anterior Corte Suprema de Justicia y que este Tribunal los renueva y acoge, "...La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño...". "... En los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial...".*

La Corte Constitucional, en Sentencia No. 837-15-EP/20, establece:

"En acciones de prescripción extraordinaria de dominio, la autoridad judicial ***deberá verificar los certificados de propiedad y gravámenes emitidos por el Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentre el bien, con el fin de identificar a las personas naturales o jurídicas que puedan tener un legítimo interés sobre el bien en cuestión, y deban comparecer al proceso como legitimados en la causa.*** *Si de la lectura de los certificados se determina que existen personas naturales o jurídicas adicionales a las señaladas por el actor como demandadas y que puedan tener un legítimo interés, la autoridad judicial deberá requerir a la parte actora que aclare y complete la demanda y proporcione los datos para las citaciones o que agote los mecanismos establecidos en la ley para solventar esa actividad procesal. El proceso deberá desarrollarse con apego a las normas procesales vigentes, garantizandolos derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de todas las personas naturales o jurídicas que deban comparecer al proceso".*

Sobre la base de los hechos fijados como ciertos, en la especie, se establece categóricamente que la acción claramente está dirigida en contra de los actuales titulares del derecho de dominio que constan en el certificado conferido por el Registro de la Propiedad, sus herederos, y del Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente, *per se*, se configura el requisito analizado.

6.16) Ergo, se ultima que están cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 2392, 2398, 2410 y 2411 del Código Civil para que proceda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del bien singularizado en la demanda; ergo es procedente la acción planteada.

SÉPTIMO:
DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, **RESUELVE:**

7.1) Declarar la procedencia del recurso de casación planteado por Alfonso Lema Mullo, accionante, actor, por el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en torno a que la sentencia impugnada en su parte dispositiva adopta una decisión contradictoria o incompatible así como, por no cumplir el requisito de motivación, en los términos analizados en el considerando Sexto de la presente resolución.

7.2) Casar la sentencia de mayoría emitida el jueves 22 de agosto del 2019, las 14H17, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo; *ergo*, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, en mérito de los autos, tomando en cuenta que, la pretensión plasmada en el *in examine*, ha sido justificada con los hechos fijados como ciertos, y por estar cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 2392, 2398, 2410 y 2411 del Código Civil, se declara procedente la demanda de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio planteada por Alfonso Lema Mullo.- Para los fines determinados en el artículo 2413 del Código invocado, inscríbase la sentencia en el registro pertinente.- Sin costas ni honorarios que regular.

7.3) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.4) Conforme el artículo 2 de la Resolución No. 18-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, notifíquese la presente sentencia con la firma de los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, integrantes de este órgano jurisdiccional, toda vez que, según la razón sentada por la Secretaria de esta Sala Especializada, el doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional (E), integrante del Tribunal de casación que resolvió la causa de forma oral en audiencia, se encuentra ausente temporalmente, por circunstancia debidamente justificada.

7.5) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Roberto Guzmán Castañeda; Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E), JUEZ NACIONAL (E).

III

Juicio Nro. *13337-2017-01340*
Resolución Nro. *110-2021*
Fecha: *jueves 7 de octubre del 2021, las 16h08*

TEMA: La temporalidad como requisito sine qua non para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria de dominio.

ASUNTO

El demandante propone acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. En el proceso se discute el requisito temporal para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, como modo de adquirir la titularidad de un bien inmueble.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Civil del cantón Manta, provincia de Manabí, indicó que la demanda de la actora es improcedente, por no cumplir con el tiempo referido en la norma civil (artículo 2411 del Código Civil), ni con la posesión que establece el artículo 715 ibídem, debido a que esta dejó de ser ininterrumpida con la demanda e inicio del juicio iniciado por su conviviente, cuya pretensión recae sobre el mismo bien inmueble. Así también, el juzgador determinó que la parte actora no logro desvirtuar lo aseverado por los demandantes en el juicio, ya que para que dicha acción prospere debe justificarse el justo título del bien.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí resolvió negar el recurso de apelación interpuesto por la accionante y, a su vez, confirmar la sentencia de primer nivel que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, por la falta de los requisitos aludidos en la norma civil.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13337-2017-01340

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, jueves 7 de octubre del 2021, las 16h08.

VISTOS: En virtud del recurso de casación planteado por Serela Narcisa Chavarria Torres, actora, en contra de la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2019, las 10h16, dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, que resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por la accionante, y confirmar la sentencia del Juez *a quo*[1], que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio deducida; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el Doctor Pablo Fernando Loaiza Ortega, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado,

[1] Abogado Holger Antonio Rodríguez Andrade, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta de la provincia de Manabí.

mediante auto de 25 de agosto del 2020, las 10h09; en esa virtud, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso admitido; instalada la referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* al siguiente tenor:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza[2], Wilman Gabriel Terán Carrillo[3] y Himmler Roberto Guzmán Castañeda[4], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3[5] de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de referido cuerpo normativo.

TERCERO:

VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico

[2] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[5] **Constitución de la República del Ecuador:** *"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: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)".*

General de Procesos; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) La ciudadana Serela Narcisa Chavarria Torres, mediante juicio ordinario, demanda a Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en el siguiente contexto:

"LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS DETELLADOS Y PORMENORIZADOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES, DEBIDAMENTE CLASIFICADOS Y NUMERADOS

1.- Es del caso señor Juez, que desde hace más de 15 años a la fecha de presentación de esta demanda, es decir, desde el día Miércoles 6 de Febrero de 2002, he venido manteniendo la posesión tranquila, pacifica e ininterrumpida con ánimo de señora y dueñas de un bien inmueble consistente en un lote de terreno y casa ubicado en el sector denominado "EL POVENIR' de la Parroquia Urbana Tarqui de esta Ciudad y Cantón Manta. El Lote de Terreno y casa que se encuentra signado con el número NUEVE, de la Manzana B-UNO, objeto de la presente acción de Prescripción Adquisitiva y sobre el cual estoy posesionada tiene las siguientes medidas y linderos: POR EL NORTE, lindera con parte del lote catorce y lote diecisiete con una extensión de 10.00 metros, POR EL SUR lindera con avenida Doscientos Quince, con extensión de 10.00 metros, por el ESTE, lindera con pase tres con una extensión de 20.00; y, por el OESTE, lindera con lote diez, con una extensión 20.00 metros, teniendo una superficie total del predio de Doscientos Metros Cuadrados (200 m2)

2.- Desde la fecha en mención hasta la actualidad soy poseedora real del referido bien inmueble antes descrito, del cual he venido manteniendo la posesión tranquila, pacífica, continua e ininterrumpida, con ánimo de señora y dueña a vista y paciencia de nuestros vecinos y colindantes, el inmueble se encuentra con su debido cerramiento, en el lote de terreno que estoy posesionada está construida mi vivienda de construcción de hormigón armado, con techo de loza de hormigón, en la que habito con mi familia y cuenta con todos los servicios básicos.

3.- Que este bien inmueble del que estoy en posesión desde el 6 de febrero del año 2002, lo adquirimos junto a mi pareja (conviviente) el señor Wolfgang Klapperich, para lo cual mi conviviente entregó a los señores JEANNETTE FLORIBELLA CELI MONTALVO y LUIS EDUARDO YAZBEK APOLO, la suma de $60.000.oo dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, como el precio pactado por la compraventa del inmueble, en ese momento no se pudo efectuar la transferencia de dominio en la notaría por cuanto el inmueble tenía hipoteca a favor del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, con este valor entregado por mi conviviente, se debía cancelar la hipoteca y transferirnos la titularidad del inmueble e incluso se pagó el trámite para el levantamiento del Patrimonio Familiar en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, tal como lo justifico con los documentos que en original uno y otros en copia Notariada acompaño. Es más mi conviviente de nacionalidad alemana (ahora fallecido con fecha 25 de Mayo de 2017 inclusive acude a la EAPAM, a realizar trámites de rebaja por pago de agua potable y alcantarillado por ser ya una persona de la tercera edad respecto al inmueble del que estoy en posesión (...)" (Sic)

Estableciendo como petición lo siguiente:

"PETICIÓN.- En vista de los argumentos esgrimidos en los fundamentos De hecho y de derecho en las líneas anteriores, solicitó usted señor (a) Juez de la Unidad Judicial civil de esta ciudad de Manta que una vez calificada y admitida a trámite esta demanda y amparada en lo estipulado en los Arts. 603, 715, 2393, 2393, 2398, 2410, 2411, 2413 y siguientes el Código Civil, en concordancia con el Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, concurro ante su autoridad para demandar como en efecto demando en PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO, del bien inmueble que me encuentra en posesión, compuesto de un terreno y casa, para que luego del trámite legal

correspondiente en sentencia se me declare Dueña Absoluta y Titular del Dominio, ordenando que la misma se protocolice en unas de las Notarías y se la inscriba en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad de Manta a fin de que me sirva de Justo Titulo.". (Sic).

4.2) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda y la contestación a la misma, por parte del GAD accionado, en el siguiente sentido:

"En virtud de los expuesto, y al tratarse de un proceso de interés privado -entre las partes-, el GAD de Manta comparece en la presente causa para observar, velar proteger los intereses de esta entidad, que pudieren verse afectados durante la tramitación de esta causa por las partes interesadas"

Por su parte, los demandados Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, por medio de su procuradora judicial abogada Maritza Graciela López Calderón, contestan la demanda y deducen excepciones al siguiente tenor:

"(…) DÉCIMO.-
INDICACIÓN CATEGÓRICA DE LO QUE SE ADMITE Y LO QUE SE NIEGA.
Esclarecidos todos y cada uno de los puntos de la improcedente e ilegal demanda, le indico lo que sigue:
10.1.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio Propuesta en contra de mis Mandantes, por parte de La Accionante por encontrarse alejada de la realidad de los hechos;
10.2.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio Propuesta en contra de Mis Mandantes, sobre su casa, por cuanto tiene constituido Patrimonio Familiar, para proteger a sus hijos, y la misma no puede ser objeto de perturbación ni de invasión;
10.3.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio propuesta en contra de mis Mandantes, por cuanto su construcción la realizaron mis mandantes con su propio esfuerzo y peculio, colocaron cada ladrillo, diseñaron cada parte se su hogar y ahora de la noche a la mañana, se pretende invadir su casa, que tiene Patrimonio Familiar;
10.4.- Niego que tenga derecho a habitar la casa de mis mandantes, por cuanto la actora es una mujer casada con el señor JULIO RIGAIL HERNANDEZ, por lo tanto, no tuvo ni tiene relación con el Alemán el señor Wolfang Klapperick,
DÉCIMO PRIMERO
EXCEPCIONES PREVIAS
10.1.1.-).- Tal como aparece del Testimonio de la Escritura Pública de Compraventa- Mutuo Hipotecario- Patrimonio Familiar- que acompaño a favor de mis Mandantes y del Banco Ecuatoriano de la VIVIENDA, demuestro señor Juez que los señores LUIS EDUARDO YAZBEK APOLO y JEANNETTE FLORIBELLA CELI MONTALVO, en la Notaria Primera del Cantón Manta, autorizada el 08 de Diciembre de 1998, e inscrita en el Registro de la Propiedad de Manta, el 29 de Enero de 1999, adquirieron un bien inmueble Signado con el Numero 9, de la Manzana B-UNO, del Programa de Viviendas denominado el Porvenir, ubicado en la Parroquia Tarqui, del cantón Manta.
Por los antecedentes expuestos, fundamento mi Demanda en lo que señala el numeral 18 del Art. 66 de la Constitución de la República que garantiza el derecho al honor y el buen nombre que tenemos todos los ciudadanos ecuatorianos y en armonía con lo dispuesto en los Artículos 2231; 2232; 2233; 2234 del Código Civil. Es decir, que lo dicho guarda relación con las siguientes excepciones previas de acuerdo a lo que señala el Artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos.
Artículo 153 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos.- Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante. (…)
Artículo 153 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos.- Litispendencia. (…)
10.1.4.-).- Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto no sabe que es lo que pide, si la Prescripción o la acción Reivindicatoria de dominio. (…)
10.1.5.-). Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto existe error en la forma de proponer la demanda, por la inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones, lo que guarda relación con el Artículo 153 numeral 4 de Código Orgánico General de Procesos (…)
El Juicio o acción Reivindicatoria de dominio de dominio, se plantea cuando usted no tiene la posesión y ha sido despojado del mismo o no

se encuentre en posesión, por lo tanto, la doble demanda planteada por la actora, carece de verdad procesal por lo que se solicita rechazar la demanda por estar inmersa en lo que señalan las normas legales del Articulo 153 numerales 3 y 4 del Código Orgánico General de Procesos. (…)" (Sic)

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, el abogado Holger Antonio Rodríguez Andrade, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta, de la provincia de Manabí, emite su sentencia rechazando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 7 de junio de 2019, en el siguiente contexto:

"(…)ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", NIEGA la demanda propuesta por la ciudadana SERELA NARCISA CHAVARRIA TORRES, con cédula de ciudadanía No. 130369311-1 en contra de los cónyuges Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, por no cumplir con el tiempo requerido, esto es, más de quince años, conforme lo señala el Art. 2411 del Código Civil, ni con la posesión a que se refiere el artículo 715 ibídem, puesto que de acuerdo a la indicado en la presente sentencia, ésta dejó de ser ininterrumpida con la demanda e inicio del juicio No. 13325-2014-0082 que obra de fojas 250 a 410 de los autos. 9. LA PROCEDENCIA O NO DEL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y COSTAS.- No ha lugar al pago de costas, dado que no se cumple con lo establecido en el artículo 284 y 286 del Código Orgánico General de Procesos. Ejecutoriada que sea esta sentencia, se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda, para lo cual se notificará al Señor Registrador de la Propiedad del cantón Manta. 10. SOBRE RECURSOS INTERPUESTOS EN AUDIENCIA.- Habiendo la parte actora interpuesto Recurso de Apelación de la Sentencia dictada en esta causa, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 257 del COGEP, se dispone que la parte accionante fundamente el Recurso interpuesto en el término de 10 días, contados a partir de la notificación de este fallo. Téngase en consideración que la parte demandada se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Téngase también en cuenta que la parte demandada interpuso recurso de apelación de los autos interlocutorios que resolvieron las excepciones previas contempladas en los numerales 4 y 5 del artículo 153 del COGEP. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-(Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por la actora Serela Narcisa Chavarría Torres, y la adhesión al mismo, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, en sentencia de miércoles 06 de noviembre de 2019, las 10h16, resuelve el medio de impugnación en el siguiente sentido:

"(…)De conformidad con todo lo expuesto en este fallo, el único objeto del juicio de prescripción extraordinaria de dominio es dejar obtener el dominio del bien inmueble, lo sustanciado por la parte accionante no ha sido suficiente, para que la Sala llegue a la convicción requerida por la constitución y la ley, de que su posesión haya sido durante quince años, en tal razón, la prueba aportada por la actora es insuficiente para justificar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda, por lo que corresponde desestimar la acción por falta de pruebas al no existir otros elementos sobre la probanza de la prescripción ordinaria alegada que permitan a esta Sala hacer una valoración en conjunto; resaltando una vez más, que por imperio de la Ley, es obligación de las partes litigantes, probar los hechos que se alegan, excepto los que se presumen conforme a la ley, y siendo obligación de todo juzgador, aplicando el tenor expreso de la ley. No existen otras pruebas practicadas por el actor que permitan tener el suficiente convencimiento a este Tribunal que la se hayan cumplido los elementos necesarios como son que la posesión tenga el tiempo para la prescripción extraordinaria de dominio. Con las amplias consideraciones y motivación expuesta a lo largo de este fallo, este Tribunal de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" NIEGA el recurso de Apelación interpuesto por la parte actora Serela Narcisa Chavarría Torres confirma la sentencia venida en grado

que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria de dominio por falta de requisitos. Sin costas que regular en esta instancia. Notifíquese"(Sic)

4.5) Inconforme con la resolución dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, la actora, Serela Narcisa Chavarria Torres, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de martes 25 de agosto del 2020, las 10h09, admitió a trámite el recurso de casación por el caso 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo los siguientes parámetros:

"(…)En conclusión de lo analizado en los numerales precedentes es necesario transcribir el siguiente criterio jurisprudencial: "La Casación es un recurso eminentemente técnico, cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que el recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, ya que, por la naturaleza excepcional de este recurso carece de la facultad de suplir las omisiones en las que ha incurrido el o la casacionista, estándole vedado interpretar sus aspiraciones..." (Expediente de casación 149-2012, Juicio No. 62-2012PVM, publicada en el suplemento al Registro Oficial 8, de 20 de Abril del 2016). SEXTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, el suscrito Conjuez Temporal de la Corte Nacional de Justicia, por las consideraciones que quedaron señaladas INADMITE la censura por los casos cuatro y cinco del Art. 268 del COGEP; y, ADMITE a trámite el recurso por el caso tres del Art. 268 ibídem disponiendo se remita el expediente a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo dispone el inciso final del Art. 270 del COGEP. Notifíquese y cúmplase.-" (sic).

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[6].

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la

[6] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

Constitución de la República establece lo siguiente:

> *"...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: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...".*

Este derecho, *per se,* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[7]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[8].

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[9].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

> ***"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación****. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."* (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

> *"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".*

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar

---

[7] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *"(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".*

[8] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: "Art. 190**.- *COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...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..."*.

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

> *"...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."*[10], concluye sobre el tema indicando que *"(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa..."*[11].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[12]

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

> ***"Art. 266.- Procedencia.*** *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.
[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[11] Ibídem, Pág. 28
[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.
Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración".
***Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*
1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.
4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto.
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.
***Art. 269.- Procedimiento**. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (…)"*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"…La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas…"*[13].
El principio de taxatividad *(numerus clausus)* limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.
Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

> *"…Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada…"*[14].

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

[13] Orlando Rodriguez Ch., *Casacion y Revision,* Temis, Bogota, 2008, p. 67
[14] Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[15].

Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[16]

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:
ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando,* los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se,* es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el Código Orgánico General de Procesos, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.6)** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo descrito en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente el recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.2) Estudio de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en relación con el argumento planteado por la casacionista.

[15] Fernando de la Rua, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[16] Piero Calamandrei, *La casación,* Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

La causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem,* es la establecida en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo tenor es el siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia".*

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: "*…la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"*[17], en este sentido, "*la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b)cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)"*, [18] en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

> *"El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)"*[19]

Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

> "(…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata,* delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso".[20]

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del Código Orgánico General de procesos: *"Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.*", en relación con lo que dispone el artículo 91 ibídem: *"La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes"*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio[21].

En tal virtud, la congruencia exige "*al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el*

---

[17] Humberto Murcia Ballén, *"Recurso de Casación Civil"*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá,2005, Pag.506.
[18] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[19] Enderle Guillermo Jorge, *"La Congruencia Procesal"*, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.
[20] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador).
[21] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso".[22]

> *"…Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada…".*[23]

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido *(plus o ultra petita)*, si se ha concedido algo distinto a lo pedido *(extra petita)*, o se ha dejado de resolver sobre algo pedido *(citra petita)* (*debida fundamentación y demostración*).
- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

6.2.1) La recurrente, al plantear su propuesta casacional, en esencia señala que en la sentencia impugnada, "*emitida el 6 de noviembre del 2019, a las 10h16, se describe que la demandada únicamente alega la existencia de Patrimonio familiar sobre el inmueble, y acepta que la posesión del inmueble es desde febrero del 2002, sin embargo la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concede en su sentencia , como alegación de la DEMANDADA el que la actora no cumple con la posesión de quince años, por lo que se sobre entiende que se ha concedido más de lo que se ha alegado como excepción, sin tomar en cuenta lo determinado por el art. 164 del COGEP" (sic)*, en ese sentido señala que en el juicio se acotó prueba testimonial (cinco testigos), quienes son vecinos del lugar en donde se halla el inmueble que se pretende prescribir, quienes fueron claros y precisos al asegurar que la actora ha residido en forma continua como dueña y señora por más de 15 años; en ese contexto, señala la recurrente, que los jueces no valoraron esta prueba fundamental.

Se afirma por parte de la casacionista que se han cumplido con los requisitos de la posesión del artículo 715 del Código Civil, para la procedencia de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; que esta posesión fue ininterrumpida; cuestiona que el *ad quem*, habla que se ha interrumpido la prescripción por una hipoteca; hace relación al artículo 2411 del Código Civil, en relación a los requisitos que contiene esta norma y refiere que como accionante hizo actos de señora y dueña en el bien inmueble que se pretende prescribir y que dicha cuestión se probó con testimonios de vecinos que conocen de los hechos, afirmando que la prueba testimonial fue suficiente para justificar la posesión y que no fue valorada pese a que fue solicitada y actuada en legal y debida forma; arguye que el *ad quem*, se excedió al manifestar que no existe la posesión por más de 15 años, cuando la única alegación de la demandada era que existía un patrimonio familiar; *per se,* refiere que al haberse probado tanto en primera y segunda instancia la

[22] Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101
[23] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

posesión por más de quince años, procede su petición; en este sentido, pide que se revisen las sentencias de primer y segundo nivel; infiere que el Juez *a quo* manifestó una situación diferente a lo que refiere la sentencia del *ad quem*; ergo, solicita que se acepte el cargo casacional y se acepte la demanda.

Los demandados indican que la argumentación realizada por la recurrente es impertinente, pues procura la propiedad de un bien inmueble que tiene dueño y respecto del cual no se han cumplido los requisitos de ley para que opere la institución jurídica de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; sostienen que con la documentación que consta en la prueba actuada se demuestra que la actora jamás estuvo dentro del bien inmueble, que no fundamenta el cargo casacional, ergo, solicitan que se declare improcedente el medio de impugnación.

6.2.2) De la revisión del planteamiento realizado por la recurrente, no se evidencia argumento adecuado alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; *a contrario sensu*, los enunciados planteados en torno a la prueba testimonial (cinco testigos) "*quienes son vecinos del lugar donde se halla el inmueble que se pretende prescribir, quienes fueron claros y precisos al asegurar que la actora ha residido en forma continua como dueña y señora por más de 15 años",* desde un singular punto de vista, están directamente relacionados con la prueba actuada en el proceso, en la primera y segunda instancia, ergo, de las afirmaciones planteadas, se deriva la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que la recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba,*** *sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)* ***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 haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)"*[24]

Es preciso reiterar que la valoración de la prueba, está vedada en sede casacional[25], pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación casacional desplegada, que existe una evidente intención de abrir la discusión del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia",* por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"[26].

6.2.3) Por otra parte, en el *in examine,* se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido *(plus o ultra petita),* si se ha concedido algo distinto a lo pedido *(extra petita),* o se ha dejado de

---

[24] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

[25] **Código Orgánico de la Función Judicial:** "Art. 270.- *"(…) No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba (…)".*

[26] Murcia Ballén, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59.

resolver sobre algo pedido *(citra petita)*. Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que esta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

Lo que jurídicamente calificado como *"traba de la litis",* se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto "*…la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación"*[27].

Ahora bien, la casacionista acusa que en la sentencia del *ad quem*, se ha resuelto y otorgado algo más de lo pedido, que no era materia del litigio, afirmando que en la sentencia impugnada, "*emitida el 6 de noviembre del 2019, a las 10h16, se describe que la demandada únicamente alega la existencia de Patrimonio familiar sobre el inmueble, y acepta que la posesión del inmueble es desde febrero del 2002, sin embargo la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concede en su sentencia , como alegación de la DEMANDADA el que la actora no cumple con la posesión de quince años,* ***por lo que se sobre entiende que se ha concedido más de lo que se ha alegado como excepción***" (Sic) , por lo que, es oportuno examinar si se resolvió *plus o ultra petita.*

Delimitando el cargo acusado, la recurrente sostiene que en la sentencia del *ad quem*, se ha resuelto u otorgado más de lo pedido en las excepciones planteadas al contestar la demanda; para dilucidar aquello, en función del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de la parte legitimada, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda, las excepciones, y la resolución impugnada:

La ciudadana Serela Narcisa Chavarría Torres, concretamente en su súplica al órgano judicial señala:

> *"…concurro ante su autoridad para demandar como en efecto demando en PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO, del bien inmueble que me encuentra en posesión, compuesto de un terreno y casa, para que luego del trámite legal correspondiente en sentencia se me declare Dueña Absoluta y Titular del Dominio, ordenando que la misma se protocolice en unas de las Notarías y se la inscriba en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad de Manta a fin de que me sirva de Justo Título"*

El bien inmueble objeto de la controversia es el ubicado en el sector denominado "El Porvenir", de la Parroquia Urbana Tarqui, del cantón Manta, signado con el número nueve, de la Manzana B-uno.

En función del contradictorio los demandados Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, al contestar la demanda dedujeron, ente otras las siguientes excepciones:

> *"(…)Artículo 153 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos.- Litispendencia. (…)*
> *10.1.4.-).- Se tenga como excepción previa,* ***la improcedencia de la demanda****, por cuanto no sabe que es lo que pide, si la Prescripción o la acción Reivindicatoria de dominio. (…)*
> *10.1.5.-). Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto existe error en la forma de proponer la demanda, por la inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones, lo que*

[27] Humberto Murcia Ballén, *"La Casación Civil en Colombia"*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

guarda relación con el Artículo 153 numeral 4 de Código Orgánico General de Procesos (…)" (Sic)

6.2.4) Descrito lo anterior, jurisdiccionalmente, sobre la base de la traba de la Litis, correspondía al *ad quem,* justipreciar los elementos probatorios aportados y fijar si se tenían como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia o no con los requisitos que desde el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, y la ley, se establecen para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, a fin de dilucidar la procedencia o no de la demanda.

La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona.

La institución jurídica analizada pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 *supra,* salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción, el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

A la luz del artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *"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".*

Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

"*La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 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 personan su lugar y a su nombre". En la jurisprudencia se destaca que "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".*[28]

Así mismo, ha señalado lo siguiente:

"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se

[28] Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

requiere: ***1er. Requisito:*** *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.* ***2do. Requisito****: 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.* ***3er. Requisito:*** *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.* ***4to Requisito****.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.-* ***5to Requisito****.- 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."*[29] (Énfasis fuera del texto)

a) A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; aquello tomando como referente que no todas las cosas son prescriptibles, pues 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.

Un tema de relevancia al analizar este requisito, es delimitar y discriminar si el bien inmueble objeto del proceso está o no fuera del comercio humano: El Código Civil en su artículo 2398 establece: *"(…) 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".*

No todos los bienes corporales, gozan del mismo tratamiento, pues hay que distinguir entre cosas comerciales reguladas por el derecho privado y cosas incomerciales o fuera del comercio humano, en específico aquellas reguladas por el derecho público. Las cosas comerciales, son aquellas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, pudiendo así sobre ellas recaer un derecho real o constituirse un derecho personal, siendo susceptibles de incorporarse al patrimonio de una persona. Las cosas que están fuera del comercio humano, son aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de los particulares; sin poder ser susceptibles de un derecho real ni personal; por lo que, no pueden incorporarse a patrimonio alguno. En el derecho público, hay cosas que en razón de su naturaleza están fuera del comercio humano, siendo aquellas comunes a todas las personas y que de manera absoluta, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general y por ello, no las alcanza el comercio humano, de manera absoluta y definitiva como es el caso del alta mar, el espacio aéreo, etc.; también en el derecho público, hay otro conjunto de cosas que en razón de su destino, están fuera del comercio humano, que pese a ser susceptibles de comercialización por su naturaleza, han sido sustraídas del comercio jurídico, al haber sido destinadas a un fin público, como son calles, plazas, caminos, en fin bienes nacionales, estatales o fiscales, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas de carácter público, como el caso de las concesiones, subastas, adjudicaciones, etc. regladas en la ley según la naturaleza o destino de la concesión, subasta, adjudicación, etc.; por ello, desde el punto de vista del derecho privado, se las considera fuera del comercio humano, aspecto que no es absoluto, por existir la posibilidad de ser desafectados, y convertirse en bienes comerciables.

En el presente caso, se tiene que la descripción dada en la sentencia objeto de estudio, sobre el inmueble pretendido, registra que tiene sus antecedentes

[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

translativos de dominio derivados de relaciones jurídicas entre particulares; ergo, se trata de un bien que está en el ámbito del derecho privado, en el comercio humano; *per se,* prescriptible, susceptible de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

b) El **segundo requisito** para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tiene relación con la posesión, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

Uno de los elementos necesarios para la prescripción extraordinaria es el ánimo de verdadero señor o dueño, es decir como si fuera de propiedad de uno, el poseedor debe comportarse como dueño absoluto y exclusivo del bien inmueble. Por ejemplo si existiese un contrato de arrendamiento con alguien que firma como propietario, se está reconociendo que no es de su propiedad, por lo tanto, no es poseedor sino solamente mero tenedor. Como el ánimo o voluntad esta intrínsecamente dentro de una persona, se necesita exteriorizar, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, es una posesión viciosa que no sirve para adquirir.

Esta exteriorización se efectúa mediante "hechos posesorios" que demuestran el ánimo de dueño, como por ejemplo edificar, cercar, conectar servicios públicos (agua, luz, teléfono, etc.) o cualquier acto que un propietario acostumbra realizar.

Es decir, la posesión con ánimo de señor y dueño, implica que el poseedor no reconoce vínculo alguno con el titular, empero, posee sin admitir derecho mayor al suyo. En efecto, carecen de *animus domini* los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen en calidad de arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc.

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.

La buena fe es uno de los elementos que determina la posesión pública, tranquila, no interrumpida del bien inmueble cuya prescripción se pretende; la buena fe se presume de derecho, por lo tanto no admite prueba en contrario, pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe.

> *"La excepción tiene una contra excepción se vuelve a la regla general de que no cabe prescripción contra título inscrito, si el poseedor "material" de la finca, tiene un título de mera tenencia. En este caso se cambia la regla: se presume la mala fe. Esto es muy lógico, ya que quien entra en posesión por un título de mero poseedor, reconoce la posesión de otro: la mera tenencia supone la existencia de un poseedor distinto; por ejemplo, el arrendatario, es un mero tenedor, y al actuar como arrendatario está reconociendo la propiedad y la posesión del propietario que es otra persona distinta de él".* [30]

De conformidad con el artículo 729 del Código Civil *"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)".*

Conforme lo indicado *ut supra*, la posesión analizada en este punto y requerida para que proceda legalmente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva, dentro de los términos establecidos por la ley:

El artículo 728 del Código Civil, establece que *"posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella";* la **posesión pública** se opone a la clandestina, es decir que, se ejerce sin ocultarla a persona alguna. Para que la posesión no sea clandestina, los actos posesorios deben ser notorios de modo que puedan ser interpretados con el ánimo "de señor o dueño".

En torno a la **posesión pacífica,** es decir no violenta, el poseedor pacifico debe recurrir a las acciones judiciales correspondientes para defender su

[30] Larrea Holguín, Juan (2002). *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador",* Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador, 2005, p. 462.

posesión si es atacada, pero no puede rechazar por la fuerza a quien pretende apoderarse de la cosa que posee, de lo contrario puede incurrir en la posesión violenta establecida en el artículo 725 del Código Civil.

La posesión debe ser también exclusiva, si es compartida por varios poseedores, esas personas forman un solo sujeto, es un ejemplo claro el de los condóminos, la exclusividad de la posesión se refiere a una cosa determinada, no posee todo el predio, quien solamente hace actos posesorios en una parte.

Finalmente la posesión debe ser no interrumpida. La interrupción sea natural o civil hace referencia a un acto del titular del derecho, que produce la privación de la posesión a otra, o también en el ejercicio de un recurso judicial por parte del mismo titular contra el poseedor, es decir el dueño del bien inmueble ejerce el derecho de interrumpir natural o civilmente la prescripción.

c) El **tercer requisito**, hace relación a que la posesión analizada *ut supra*, haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, conforme la garantía normativa descrita en el artículo 2411 del Código Civil; en la especie, Serela Narcisa Chavarria Torres, conforme lo fijado como cierto por el *ad quem*, si bien *prima facie* está en posesión del bien inmueble cuya prescripción persigue, la misma no ha cumplido con el requisito temporal, es decir una posesión de quince años.

d) El **cuarto requisito**, tiene relación con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a prescribirse.

Son imprescriptibles, entre otras, **las cosas indeterminadas;** ergo, pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

En la casuística nacional, en torno a este elemento y su configuración, se ha extrapolado la posición jurídica, en cuanto a la exactitud en la individualización del bien; sobre el tema, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"(…) En definitiva, desde la época en que se celebró esa escritura hasta el momento de presentación de la demanda, bien pudo suceder que varíen los linderos, por el nombre de los vecinos colindantes, y que las medidas utilizadas son antiguas, habiéndose actualizado; pero lo que importa a fines de esta acción, como se ha señalado, es que no quepa duda alguna respecto a que se trata en realidad del mismo inmueble, coincidiendo los linderos establecidos en la inspección judicial -diligencia probatoria de singular importancia porque permite al Juez conocer con exactitud la verdad de las cosas y los hechos invocados por las partes- y el peritaje con los que se han señalado en la demanda; que las medidas varíen en centímetros reitera que los miembros del Tribunal de última instancia han fallado con evidente legalismo e interpretación servil de la ley. Por último, hay que añadir que la parte demandada en ningún momento objetó que se trate de un inmueble distinto, menos aún que esté indebidamente singularizado (…)"*[31].

El análisis que hace el máximo órgano jurisdiccional, tiene su fundamento en los principios que rigen la administración de justicia, en el Estado constitucional de derecho y justicia, cuyo fin último es la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas), a través de un ejercicio argumentativo que logre la tutela judicial efectiva, en correlación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, en donde la formalidad no debe rebasar lo sustancial, al momento de resolver un conflicto.

En la especie, se tiene que el inmueble cuya prescripción se demanda, se halla comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones actuales: Lote de terreno y casa ubicado en el sector

[31] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 416-06 dictada en el proceso de casación. No. 124-2005, publicada en el Registro Oficial No. 499, 5 de Enero 2009

denominado "El Porvenir", de la Parroquia Urbana Tarqui, del cantón Manta, signado con el número nueve, de la Manzana B-uno, con las siguientes medidas y linderos: Por el NORTE, con parte del lote catorce y lote diecisiete con una extensión de 10.00 metros; por el SUR con avenida Doscientos Quince, en 10.00 metros; por el ESTE, con pase (Sic) tres con una extensión de 20.00; y, por el OESTE, con lote diez, con una extensión 20.00 metros, teniendo una superficie total de doscientos metros cuadrados, configurándose el requisito de la prescripción, relacionado con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.

e) El quinto y último **requisito,** para la procedencia del instituto en análisis, tiene relación con 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.

En cuanto a la **legitimación pasiva,** la acción debe dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir.

Además de conformidad con lo previsto en la Disposición General Decima del Código Orgánico de Organización Territorial. Autonomía y descentralización, se debe obligatoriamente contar con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien, bajo pena de nulidad.

> *"En todo juicio en que se demanda la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble situado en el área urbana o rural se citará al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. El incumplimiento de esta disposición será causal de nulidad del juicio.".*

La Corte Nacional en sentencia No. 0198-2013 dentro del juicio ordinario No. 613-2012, al respecto señala:

> "*Finalmente, y respecto del cuarto, que constituye requisito sine qua non, conforme los fallos obligatorios de la anterior Corte Suprema de Justicia y que este Tribunal los renueva y acoge, "...La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño...". "... En los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial...".*

La Corte Constitucional, en Sentencia No. 837-15-EP/20, establece:

> *"En acciones de prescripción extraordinaria de dominio, la autoridad judicial* ***deberá verificar los certificados de propiedad y gravámenes emitidos por el Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentre el bien, con el fin de identificar a las personas naturales o jurídicas que puedan tener un legítimo interés sobre el bien en cuestión, y deban comparecer al proceso como legitimados en la causa.*** *Si de la lectura de los certificados se determina que existen personas naturales o jurídicas adicionales a las señaladas por el actor como demandadas y que puedan tener un legítimo interés, la autoridad judicial deberá requerir a la parte actora que aclare y complete la demanda y proporcione los datos para las citaciones o que agote los mecanismos establecidos en la ley para solventar esa actividad procesal. El proceso deberá desarrollarse con apego a las normas procesales vigentes, garantizandolos derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de todas las personas naturales o jurídicas que deban comparecer al proceso".*

Sobre la base de los hechos fijados como ciertos, en la especie, se establece categóricamente que la acción claramente está dirigida en contra de los actuales titulares del derecho de dominio que constan en el certificado conferido por el Registro de la Propiedad, y del Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente.

6.2.5) Se insiste, correspondía al *ad quem,* sobre la base de la súplica y el contradictorio, en relación con la justipreciación de los medios de prueba

aportados, verificar el cumplimiento de los requisitos descritos *ut supra,* para determinar la procedencia o no de la impugnación, y, *per se,* la aceptación o no de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

El análisis que hace el Tribunal *ad quem*, parte de un argumento que todo pronunciamiento debe contener respecto de la institución jurídica objeto de análisis, en torno a los requisitos para que opere la misma; en la especie, dicha cuestión se verifica en el siguiente fragmento de la sentencia impugnada:

> *"(…) se reitera que los accionantes no han demostrado los quince años de posesión en el bien inmueble base de esta acción. Al respecto existen abundantes fallos sobre el tiempo exigible para prescribir como el publicado en la Gaceta Judicial Suplemento XII, No. 11, de fecha 28-I-76 p. 2387, que resolvió: "Si no se ha justificado la posesión de la actora por el lapso de quince años no cabe en su favor la prescripción adquisitiva de domino sobre el bien determinado en la demanda, prescripción extraordinaria, en conformidad con los preceptos legales de los Arts. 2434 (2410) Y 2435 (2411) del Código Civil". Es decir que de conformidad con el Art. 161 y 162 del Código Orgánico de Procesos, la parte actora estaba obligada a probar su posesión en el bien durante quince años, sin interrupciones ni clandestinidad. Así inclusive lo ha resuelto la ex Corte Suprema fallo publicado en obra del Dr. Galo Espinoza titulada Compendio de setenta años de Jurisprudencia de la Corte Suprema en la pág. 714 de la obra. Por lo que para este Tribunal no existe duda que el accionante si bien es cierto se encuentra en posesión no cumple con tiempo requerido para prescribir dicho bien esto es los QUINCE AÑOS (…)".*

En ese escenario, el Tribunal de apelación, ha estudiado los requisitos establecidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia para que prospere la acción extraordinaria adquisitiva de dominio, en base al planteamiento que han realizado las partes, y al observarse el no cumplimiento de los elementos necesarios (posesión por el tiempo mínimo de 15 años) para validar la institución objeto de discusión, ha negado el recurso de apelación interpuesto por la actora; *per se,* no se avizora de forma alguna que se haya resuelto u otorgado más de lo pedido en las excepciones planteadas, tanto más que los demandados plantearon como excepción la improcedencia de la demanda; ergo, no se resolvió *plus o ultra petita,* pues el objeto del proceso siempre fue el análisis de la procedencia o no de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble tantas veces referido.

Por todo lo indicado, se avizora en la propuesta casacional, la vulneración de los principios de no debate de instancia, debida fundamentación y demostración, y trascendencia; ergo, la propuesta casacional es improcedente.

SÉPTIMO:
DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**,
RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por la ciudadana **Serela Narcisa Chavarria Torres**, actora, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

7.2) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *12333-2018-00230*
Resolución Nro. *111-2021*
Fecha: *miércoles 13 de octubre del 2021, las 10h24*

TEMA: Pretensiones incompatibles dentro de una acción de reivindicación de bien inmueble.

ASUNTO

La actora propone demanda de nulidad de contrato, versando la misma sobre la nulidad, rescisión y reivindicación del bien inmueble objeto de la acción. El origen de la acción deviene de la venta real y perpetua enajenación de un bien inmueble, ya que el ex cónyuge de la accionante la realizó cuando aún se encontraba insoluta, judicialmente, la sociedad conyugal. Por ello, la accionante demanda la nulidad, debido a que no formó parte ni consintió la transferencia de la titularidad del inmueble por medio de la compraventa. Acorde a ello, solicita la rescisión y reivindicación, exigiendo que se deje sin efecto la venta y se efectúe la respectiva cancelación de la inscripción de la escritura que contiene el contrato, conforme lo establece el artículo 1700 del Código Civil.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Vinces, provincia de Los Ríos, determina que la demanda propuesta por la accionante, por la venta efectuada por su ex cónyuge de un bien inmueble, es improcedente, ya que se fundamentó en pretensiones opuestas, estas son: la nulidad relativa y la reivindicación del bien inmueble objeto de la escritura pública de compraventa cuya nulidad y cancelación de inscripción se demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.2 del Código Orgánico General de Procesos, que al ser incompatibles, debieron ser propuestas por cuerda separada.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos confirma la sentencia subida en grado, considerando que la accionante acumuló varias pretensiones opuestas, esto es, que se declare la nulidad de un contrato de compraventa y que se reivindique el bien objeto del mismo, contradiciendo lo que manda el artículo 145.2 del Código Orgánico General de Procesos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 12333-2018-00230

Juez Ponente: Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, miércoles 13 de octubre del 2021, las 10h24.

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Himmler Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por

el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de 27 de junio de 2019, dentro de la causa ordinaria de nulidad relativa de contrato, seguida por Anabell Gisela Macías Orellana en contra de Darwin Bajaña Rivas, Vicente Alvarado Cedeño, Mario Carriel Rivera, Enrique Moreira Arriaga y Jorge Álvarez Álvarez.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Vinces, de 15 de noviembre de 2018, que niega la demanda por improcedente.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, decide rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la Procuradora Judicial de la señora Anabell Gisela Macías Orellana (*en adelante: recurrente, casacionista, demandado, accionado*), interpone recurso de casación, convirtiéndose de esta manera la parte accionante en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por el Conjuez Nacional, Pablo Loayza Ortega, quien, mediante auto de 26 de agosto de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, lo admite por los casos 2, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, la recurrente, a través de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos y garantías constitucionales. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes:

5.- Intervención de la defensa técnica de la recurrente: En lo concreto, dijo que se persigue la nulidad de un contrato de compraventa contenido en escritura pública, como la reivindicación del lote de terreno vendido por el ex cónyuge de la actora, señor Darwin Bajaña Rivas al señor Vicente Alvarado Cedeño, ante la Notaría del cantón Palenque, el 9 de diciembre de 2014, debidamente registrada. Lote de terreno, desmembrado de uno de mayor proporción, adquirido por la sociedad conyugal, formada entre Anabell Gisela Macías Orellana y Darwin Bajaña Rivas, que se extinguió por sentencia de divorcio de 23 de mayo de 2014, inscrita en el Registro Civil, el 6 de diciembre de 2014. Por lo que, por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, denuncia falta de aplicación del artículo 1706 del Código Civil, según el cual, la declaración de nulidad origina la acción reivindicatoria contra terceros; en la sentencia impugnada, se dice que la declaración de nulidad del contrato y la reivindicación, en la misma demanda, es improcedente por existir indebida acumulación de pretensiones, según el artículo 145.2 del COGEP, ya que para la procedencia de la reivindicación, quien demanda debe tener la plena o nuda propiedad; en el juicio N.º 17711-2010 0818, con las mismas características al del presente caso, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, declaró con un lugar la pretensión del actor, criterio confirmado por la Corte Constitucional, señalando que por economía procesal se podría solicitar en el mismo proceso la reivindicación, ya que, para poder recuperar la propiedad del bien con la reivindicación, primero se debe declarar la nulidad de contrato y el criterio de la Corte Provincial, la perjudica, al permitirse que su ex cónyuge venda de forma fraudulenta el bien de la sociedad conyugal e impida recuperarlo, por lo que debe casarse la sentencia. Por el mismo caso, alega falta de aplicación del artículo 184 del Código Civil, que permite al cónyuge o sus herederos que probaren que han enajenado, hipotecado o empeñado una parte de los bienes de sociedad conyugal sin los requisitos de ley, ejercer el derecho a la reivindicación; norma que de haber sido aplicada, causaría la aceptación de la demanda de nulidad, al no existir

para la venta, ni el consentimiento, ni la firma de la señora Anabell Macías Orellana; entonces procede la reivindicación por ser la cónyuge perjudicada. Enerva la falta de aplicación del artículo 48 de la ley Notarial e indebida aplicación de los artículos 27 y 29 *ibidem*, respecto a que los notarios tienen la obligación de examinar ciertos elementos antes de celebrar una escritura pública, como lo determinado en el artículo 472 del COOTAD, que señala que para fraccionar un inmueble debe existir la autorización del Municipio, en este caso del Cantón Palenque y para su venta contarse con esa autorización de fraccionamiento, al no constar este habilitante, cabe la nulidad. Por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, se acusa la vulneración de los artículos 164.1, 3 y 164 *ibídem*, por haberse aplicado los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, pues al valorar la prueba debidamente actuada y en específico la escritura de compraventa, daba lugar a la aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil, por corroborarse que faltaba el fraccionamiento del artículo 472 del COOTAD, esto es, la autorización de la máxima autoridad Municipal. También acusa la falta de motivación de la sentencia por el caso dos, por falta de comprensibilidad del fallo que acogió la sentencia de primer nivel, acarreando el mismo vicio de falta de motivación que ya se había cometido al no tratar los crasos errores de los que adolecía el contrato y la escritura. Por lo que solicita casar la sentencia, declarando con lugar la demanda.

6.- Intervención de los demandados:

6.1.- Defensa técnica del señor Darwin Bajaña Rivas: En lo sustancial, alegó que la sentencia de la Corte Provincial de Los Ríos no vulnera ningún derecho de la accionante, quien ha planteado dos acciones distintas en un mismo proceso. En el trámite de la causa se observan los parámetros de los artículos 107, 332 y 333. 4 del COGEP; y, la fundamentación de la sentencia se ha remitido a los principios y garantías constitucionales, ya que la compraventa se celebró cumpliendo todas las formalidades que la ley establece, al tenor de los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, por lo que no existe razón para declarar su nulidad. La pluralidad de pretensiones que se puede proponer en una misma demanda requiere de compatibilidad, para que se puedan sustanciar en un solo proceso, lo cual no sucede con la nulidad del contrato y la reivindicación, al ser acciones diferentes que deberían ser tramitadas en cuadernos separados. Requirió que se niegue el recurso de casación y se condene a la recurrente al pago de daños y perjuicios.

6.2.- Defensa técnica de Vicente Alvarado Cedeño: Quien en lo principal refirió, que no se ha podido establecer cuál es el vicio que afecta al contrato, por lo que se declaró tanto en primer como en segundo nivel, sin lugar la demanda. La reivindicación era una mera eventualidad, porque sólo pudo ser factible si procedía la nulidad del contrato, los ataques contra la sentencia no caben, porque no se puede hablar de reivindicación si no se ha pronunciado la nulidad de contrato y menos citar la vulneración del artículo 184 de Código Civil, que no hace referencia a ex cónyuges sino a cónyuges; tampoco se puede atacar la valoración de la prueba, ni la motivación de la sentencia sin señalar de qué manera se ha producido el vicio, porque la comprensibilidad y la razonabilidad son elementos que si están presentes en la sentencia. Por lo tanto, pide que el recurso se inadmita.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del Código Orgánico General de Procesos y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra 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, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales

derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto los casos admitidos por vía casacional son el segundo, cuarto y quinto del artículo 268 del COGEP, cuyos contenidos son:

> *"2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*
>
> *4. 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 sustantivo en la sentencia o auto.*
>
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

10.1.- El caso segundo, atiende a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del COGEP y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso cuarto de casación, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo; concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones.

10.3.- En cuanto al caso quinto, este es relativo a los errores *in iudicando*, se produce por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, doctrinariamente se ha llamado a esta causal como vicio de juzgamiento. La falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que los yerros admitidos y fundamentados para estudio de este Tribunal, son: Por el caso dos del artículo 268 del COGEP, falta de motivación; por el caso cuatro, vulneración de los artículos 164, 163.1 y 3 *ibidem*, ocasionando la falta de aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil; y, por el caso cinco la falta de aplicación de

los artículos 470 y 472 del COOTAD, indebida aplicación de los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, errónea interpretación del artículo 48 *supra*; y, falta de aplicación de los artículos 184 y 1706 del Código Civil.

V.- JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- La acusación se centra en la falta de aplicación del artículo 1706 del Código Civil, según el cual, la declaración de nulidad origina la acción reivindicatoria contra terceros; la sentencia impugnada, dice que la declaración de nulidad del contrato y reivindicación en una demanda, es improcedente por indebida acumulación de pretensiones, ya que para que proceda la reivindicación, quien demanda ha de tener la plena o nuda propiedad; mientras que por economía procesal como con anterioridad se han pronunciado las Altas Cortes, se puede pedir en el mismo proceso la reivindicación, para así recuperar la propiedad del bien en conjunto con la nulidad de contrato; el *Ad-quem*, permite que el ex cónyuge venda de forma fraudulenta el bien de la sociedad conyugal e impide recuperarlo; surge la falta de aplicación del artículo 184 del Código Civil, que permite al cónyuge o sus herederos que prueban la enajenación, hipoteca o empeño de una parte de los bienes de sociedad conyugal sin los requisitos de ley, ejercer la reivindicación; que de haberse aplicado, se aceptaría la demanda de nulidad, al inexistir en la venta, el consentimiento o la firma de la ex cónyuge; procediendo la reivindicación por ser la perjudicada. Se denuncia la falta de aplicación del artículo 48 de la ley Notarial e indebida aplicación de los artículos 27 y 29 *ibidem*, ya que los notarios han de examinar ciertos elementos antes de celebrar una escritura pública, como el del artículo 472 del COOTAD, que señala que para fraccionar un inmueble debe existir la autorización municipal, atinente al fraccionamiento, la falta de este habilitante genera la nulidad. Se vulneran los artículos 163.1, 3 y 164 del COGEP por haberse aplicado los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, al no valorar la prueba debidamente actuada, en específico la escritura de compraventa, que originaba la aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil, por la falta del fraccionamiento. Hay falta de motivación de la sentencia, siendo incomprensible, al omitir tratar los errores que adolece el contrato y la escritura.

12.1.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, la interrogante motivo de resolución se constriñe a determinar: ¿Resultan compatibles la demanda de nulidad relativa del contrato con la de reivindicación?; la cuestión planteada, se resuelve en los siguientes términos:

¿Resultan compatibles la demanda de nulidad relativa del contrato con la de reivindicación**?**

13.- Acerca de la nulidad absoluta y relativa: La cualidad de nulo, en términos amplios significa "*Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo*."[1] Entre los varios tipos de nulidades, están: **a)** las constitucionales, como falta de motivación por el artículo 76.7.l, de la Constitución, **b)** las procesales, por falta de alguna esencialidad o incurrencia en algún vicio procedimental, como los del artículo 107 del COGEP; y, **c)** las de los negocios jurídicos, que pueden incoarse como acción o excepción, avizorándose nulidades absolutas y relativas. Estas últimas interesa a esta causa, al ser la controversia por nulidad de contrato de compraventa. Distinguiendo "*La nulidad y anulabilidad son… categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de [la] "ineficacia estructural", por cuanto… deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la… ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho*"[2]. En lo contractual, la nulidad más conocida como "*nulidad absoluta*", es la máxima sanción por faltarle al contrato algún elemento esencial para su validez, al requerirse de éstos para surgir jurídicamente y causar efectos, habiendo requisitos internos del fondo del acto, conforme al artículo 1461 del Código Civil, que atiende a la capacidad legal, el consentimiento o voluntad de las partes (los vicios del consentimiento desembocan en nulidad relativa), objeto y causa licita; otros elementos formales, atañen a lo externo de la voluntad, condicionando su validez al cumplimiento de previsiones legales para

[1] Definición de la Real Academia de la Lengua Española

ciertos contratos; por lo general, los actos surgen con el solo consentimiento más las formalidades legales para refutarse válidos y dar efectos, como la compraventa de inmuebles que a la luz del artículo 1740 del Código Civil, exige se otorguen por escritura pública. Se distinguen así contratos consensuales, sin ninguna formalidad; y solemnes, que exigen acatar las formas de ley para su valor jurídico. Al desatenderse los presupuestos contractuales, son inválidos y nulos de pleno derecho, precautelándose el interés general sobre el particular, pues el acto no solo debe existir sino surtir efectos y solo es posible cuando es válido y legal,[3] de lo contrario, según el artículo 1699 *ibídem*[4], se le quita radicalmente valor al acto implicando su retroacción e imposibilidad de saneamiento, impidiéndole tener efectos jurídicos, ya declarados de oficio o a petición de parte. Es de nulidad absoluta, el contrato que nace defectuoso, no así respecto a la nulidad relativa o anulabilidad, donde el acto nace válido y puede tener efectos poseyendo sus propias esencialidades, "…*puede suceder que este acto se haya celebrado en circunstancias… que la relación de derecho que… no sea conforme a la equidad, y venga así a lesionar injustamente el interés privado que merece la protección de la ley*"[5]. Cabe solo a favor de quienes la ley protege por su situación bajo ciertas condiciones, siendo la principal característica de la nulidad relativa que alude a la persona[6] que sufre el perjuicio y puede reclamarla, con la acción rescisoria, ya por defecto de capacidad sin ausencia del consentimiento, como los celebrados por incapaces relativos o con capacidad limitada de obrar o por la falta de consentimiento del otro cónyuge respecto de los bienes de la sociedad conyugal o por algún vicio del consentimiento; donde para que el error invalide el contrato, éste ha de recaer sobre la cosa u objeto o las condiciones que originaron su celebración; que quien lo padece no sea el culpable; que tal error sea excusable, pues si es inexcusable no vicia el consentimiento. El tratamiento de nulidad absoluta y relativa se concretiza en el artículo 1698 del Código Civil: *"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*". De las distintas causas que derivan en la nulidad o a la anulabilidad, sus efectos coinciden en: 1) Pronunciada con sentencia, da derecho a las partes a ser restituida al estado anterior si no hubiese existido el acto o contrato nulo; 2) Decretada, cada contratante es responsable de pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, más el abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, 3) No puede repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas[7]. 4) Ya declarada origina la acción reivindicatoria contra terceros poseedores[8]. En el presente caso, como se vislumbra del inamovible cuadro fáctico, aquí se discute la

[2] Beltrán, Carmen, "La nulidad de los contratos", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2009, pág. 21
[3] Parraguez Luis, Régimen jurídico del contrato, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2021. Pág. 586
[4] Artículo 1699 del Código Civil.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.
[5] Barros Alfredo, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Chile. Pág. 130
[6] Art. 1700 del Código Civil.- La nulidad relativa será declarada por el juez a petición de parte. Deberá alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios. Podrá sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.
Los actos realizados por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.
Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato.
[7] Artículo 1704 ibídem.
[8] Artículo 1706 ibídem.

venta de un bien sin que se hayan integrado las personas que integraban la sociedad conyugal a la que se debe el indicado bien.

14.- En cuanto a la nulidad relativa de los actos sobre bienes de la sociedad conyugal: Conforme al artículo 139 del Código Civil, por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges; esta sociedad de bienes, puede ser administrada por cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, pudiendo autorizar un cónyuge al otro para que realice actos relativos a tal administración; y como dice el artículo 140 del Código Civil, "*No podrá presumirse tal autorización sino en los casos que la ley ha previsto*". Cuando no se ha determinado el administrador, ambos administran esta sociedad de bienes, por lo cuándo se dispone de bienes sin la concurrencia de uno de los cónyuges, el otro cónyuge "…*puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado al otro cónyuge y la ratificación podrá ser también general o especial. La ratificación podrá ser tácita, por hechos del otro cónyuge que manifiesten de un modo inequívoco su aquiescencia*"; cuestión que en el presente caso se avizora la enajenación de una parte de un bien perteneciente a una sociedad conyugal, sin autorización del otro cónyuge que integró dicha sociedad, autorización que no ha sido ratificada por el otro cónyuge. *Ergo* sin liquidación, la sociedad de bienes perdura pro indivisa; *ergo*, no por el hecho del divorcio, significa que los bienes adquiridos durante el matrimonio se extingan; *ergo*, para que los bienes de la sociedad conyugal, pasen de forma definitiva a pertenecer a cada uno de los cónyuges en sus partes proporcionales, habrá que liquidar la sociedad conyugal. De forma más específica, al aludirse a la administración ordinaria el artículo 181 del Código Civil determina: "*El cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal. En caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario para celebrar estos contratos se encontrare imposibilitado de expresarlo, quien administre los bienes sociales deberá contar con la autorización de una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge imposibilitado, autorización que se sustanciará en procedimiento voluntario, conforme con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos. La omisión del consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales o de la autorización del juez, en su caso, será causa de nulidad relativa del acto o contrato*". Los cónyuges al estar divorciados marcan un punto límite de vida de la sociedad conyugal; el divorcio implica un hito de separación jurídica de la continuidad de la vida en común el auxilio a que se deben como también del régimen social de bienes; mientras no se liquide tal sociedad, persisten las obligaciones de los cónyuges divorciados en relación a la titularidad y representación respecto de los bienes. Por ello es que, conforme al artículo 184 del Código Civil: "*Si el cónyuge o sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado o empeñado alguna parte de los bienes de la sociedad conyugal, sin los requisitos prescritos en los artículos precedentes, podrán ejercer el derecho de reivindicación, o pedir la restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos en que, por regla general, se conceden estas acciones. Tendrán, asimismo, derecho a ser indemnizados con los bienes del otro cónyuge, en los casos en que no puedan o no quieran ejercer dichas acciones contra terceros. Los terceros evictos tendrán acción de saneamiento contra el cónyuge que hubiere contratado ilegalmente; y si la indemnización se hiciere con bienes sociales, deberá dicho cónyuge reintegrarlos*".

14.1.- La nulidad relativa, invalida el acto tornándolo en ineficaz como en la nulidad absoluta; en la nulidad de pleno derecho, el acto es inválido al aludir a las esencialidades propias a la naturaleza del acto, pero en la nulidad relativa, la invalidez es en función del interés particular de ciertas personas, que requieren protección por su posición de desventaja en la relación contractual. Por ello, la nulidad relativa solo pueden perseguirla quienes la ley faculta – en el presente caso, el cónyuge que no autorizó – es decir, que el contrato resulta válido para una de las partes y relativamente nulo para aquella en favor de la que se establece legalmente la nulidad[9]. El artículo 1700 del Código Civil, habilita para demandar, a todos quienes en cuyo

[9] Coronel Cesar & Del Bruto Oscar, Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano, Ius Humani. Revista de Derecho. pág. 79

beneficio han establecido las leyes y a sus herederos o cesionarios, por ende, es la ley la que determina las causales de nulidad relativa y autoriza la acción rescisoria, autorización que surge: a) Cuando la voluntad generadora del acto ha estado viciada[10] ; b) Cuando hay lesión enorme[11]; c) Cuando se omiten formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran el acto[12]; y, d) Cuando el acto ha sido celebrado por incapaces relativos[13]"[14]. Uno solo de los cónyuges, no tiene la capacidad de enajenar los bienes de la sociedad conyugal. En el caso *in examine*, se asegura en la sentencia de apelación, que "…*la accionante acumuló en su acción varias pretensiones, opuestas, la nulidad de un contrato de compraventa… y se reivindique el bien que se encuentra inmerso dentro de ese contrato*…" y se citan a los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, atinentes a los casos de nulidad absoluta y relativa, así como los pertinentes a la reivindicación. Empero de ello, el fallo no distingue si la petición radica en la nulidad absoluta o relativa, disquisición relevante para establecer la procedencia de la demanda dado las distintas causas que propician una u otra. Del libelo inicial de fojas 47-41, se establece la pretensión de "*NULIDAD RELATIVA del contrato de compra venta, contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Único del Cantón Palanque, de fecha nueve de diciembre del año 2014, celebrada entre DARWIN ERNESTO BAJAÑA RIVAS a favor de VICENTE ALBERTO ALVARADO CEDEÑO… la reivindicación del bien materia inmueble materia de escritura pública de compraventa*". Los fundamentos de hecho de la súplica radican en que el señor Darwin Bajaña Rivas ex cónyuge de la demandante Anabell Macías Orellana, habría vendido sin su consentimiento y autorización de fraccionamiento municipal, una porción de terreno ubicado en el Cantón Palenque, adquirido por éstos durante la sociedad conyugal que aún mantienen sin liquidar. Establecidos estos presupuestos, es irrefutable que ante la ausencia de manifestación de voluntad de la actora, en el consentimiento de venta del inmueble que hace parte del haber conyugal, se ha configurado la hipótesis normativa del inciso segundo del artículo 1700 del Código Civil, que reza: *"los actos realizados por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó";* haciendo viable desde esta arista la petición.

14.2.- Las normas acusadas como infringidas por el caso quinto de casación y que se encuentran correlacionadas con el objeto de la súplica de reivindicación son los artículos 1706 y 184 *ibidem*, que respectivamente establecen la potestad de deducir la reivindicación contra terceros poseedores en el evento de la declaración judicial de nulidad y en lo puntual la posibilidad de que el cónyuge o sus herederos que probaren la enajenación, hipoteca o empeño de alguno de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, para que ejerza el derecho de reivindicación o de restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos en que, por regla general, se concedan estas acciones; por lo que es pertinente al tenor del artículo 1706 *ibidem*, declarada la nulidad en sentencia. En efecto, al no mediar la partición del bien descrito, por no estar liquidada la sociedad conyugal, debía observarse la fuerza normativa de los citados artículos, pues más allá de la disolución de la sociedad por el divorcio de los prenombrados, restaba su liquidación y si bien, en ellas no se estatuye la posibilidad de nulidad del acto y su concomitante reivindicación, si se establece la posibilidad de declarar en un primer momento la nulidad y luego la reivindicación, sin que esto signifique contraposición con el hecho que da lugar a la nulidad relativa de bienes vendidos de propiedad de la sociedad conyugal, por la ausencia de consentimiento de uno de los socios conyugales

[10] Artículo 1467 del Código Civil
[11] Artículo 1829 *ibídem*
[12] Artículo 1700 *ibídem*
[13] Artículo 1463 *ibídem*
[14] Coronel Cesar & Del Bruto Oscar, Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano, Ius Humani. Revista de Derecho. citando a: Valencia & Ortiz, 2000, pág. 526; Claro, 1979, págs. 612-618; Vodanovic, 1961, págs. 328-329

en el negocio jurídico. La prueba a la que alude el artículo 184 *ibidem*, concierne a la declaración judicial de nulidad relativa que conforme al artículo 181 *ut supra*, condena la ausencia de consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales con la nulidad relativa del acto o contrato; quedando incólume entonces la potestad de ejercer demanda de reivindicación. Al revisar la sentencia enervada, sobre este tópico en el considerando OCTAVO letra E, refiere el *ad quem*, que: *"…La nulidad de un contrato de compraventa, no determina que la propiedad del bien que se encuentre inmerso dentro de ese contrato o se la proclame al que pretenda dicha acción, sino que sólo se nulite ese acto por encontrarse las irregularidades que la ley exige, ello es… diferente en caso de una reivindicación, ya que en este caso, el que propone la demanda debe ser el dueño del bien, dueño que ha sido proclamado con anterioridad; y, demandaría al que se encuentra en posesión de su bien. Por lo expuesto y evidenciándose que la demandada contiene dos pretensiones distintas, ella se encuentra inmersa en el numeral 2 del Art. 145 del Código Orgánico General de Procesos…".* Aseveración que denota la falta de aplicación de los artículos 1706 y 184 del Código Civil, al haberse aplicado en su lugar, por parte de la Sala de apelación, el texto legal del artículo 145.2 del Código Orgánico General de Procesos, que reza: *"Se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas, siempre que: (…) 2. Las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí";* la aplicación de este postulado normativo debe efectuarse concomitantemente con el artículo 147.2 *ibidem*, que concibe a la indebida acumulación de pretensiones como un presupuesto de inadmisión de la demanda, debiendo ser declarada en la primera providencia de calificación de la demanda, con la expresión clara de los fundamentos de su decisión y la orden de archivo del expediente. En el caso, el momento oportuno para inadmitir el petitorio, feneció y, al haberse admitido a trámite la demanda, debía verificarse la procedencia o improcedencia en el fondo de lo pedido.

15.- Sobre la motivación de la sentencia: La motivación al ser una garantía esencial, cuyo objeto es dar a conocer las razones, factores y causas – premisas fácticas – que dan lugar a la decisión de determinada autoridad y que la justifica, sirviéndose de las premisas normativas en que se funda. Su desarrollo requiere de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. La importancia de esta garantía va más allá del proceso y las partes, a quienes – como se ha señalado – les permite entender el motivo de la resolución; la motivación se dirige, además, en un sentido democrático que permite el control social de los órganos del Estado, es decir que se constituye en un parámetro de fiscalización; por aquello es que tiene doble función, una de carácter "*endoprocesal*" y otra "*extraprocesal*"[15]. La obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos, entre ellos los fallos judiciales, se funda en el artículo 76.7.l de la Constitución, que ordena 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:(…) 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*"; declaración constitucional que debe ser atendida en concordancia con los artículos 89 del Código Orgánico General de Procesos y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, disposiciones de las que se desprenden obligaciones judiciales mínimas a la hora de motivar: **a)** Enunciación de las normas o principios en que se funda; y, **b)** explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. En el presente caso, al evidenciarse el yerro en el razonamiento del *Adquem,* se denota una indebida motivación, que a su vez viaviliza la casación por el caso quinto. En lo que se refiere a la acusación por infracciones atinentes a preceptos valorativos prueba, que pueda

[15] Chaumet, Mario, Argumentación, claves aplicables en un derecho complejo, Editorial ASTREA SRL, Buenos Aires. 2017, Pág. 345

conducir a la modificación de las premisas fácticas del fallo[16], permitiendo corregir el error judicial, que condujo a una convicción errada en base de los medios de prueba. Se acusa que la sentencia no valora adecuadamente el contrato de compraventa, que al elevarse a documento público no existía la autorización de fraccionamiento del Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palenque. Dicho cargo resulta improcedente, pues como se ha señalado en líneas anteriores, la Sala de apelación se limita a negar la demanda con base en la indebida acumulación de pretensiones, marcando así la imposibilidad propositiva de las solicitudes de la actora, bajo ese fundamento no ha sido necesaria la apreciación de los medios de prueba. No se observa por tanto, mérito para pronunciarse sobre posibles vicios de preceptos de valoración; persiste lo que este alto Tribunal ha venido concluyendo, que existe mérito para casar la sentencia por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación de los artículos 1706 y 184 del Código Civil. Por lo que a la luz del artículo 273.3 *ibídem*, se pasa a determinar lo que en derecho corresponde:

SENTENCIA DE MERITO

16.- Sobre la procedencia de la nulidad relativa del contrato: En virtud de las pruebas presentadas por la actora, ante la ausencia de contestación de la demanda de los señores Darwin Bajaña, Mario Carriel, Isidro Moreira y Jorge Álvarez, así como la improcedencia de las excepciones previas presentadas por el señor Vicente Alvarado, son hechos demostrados en el proceso que:

1) Que el señor Darwin Bajaña Rivas y Anabell Macías Orellana, contrajeron matrimonio en marzo del 2009;

2) Que el señor Darwin Bajaña Rivas, el 23 de julio del 2009, de estado civil casado con la actora Anabell Macías Orellana, adquirió al señor Humberto Bustamante Matamoro, el lote Nº. 16, de la Manzana Nº 19, Parroquia Palenque, Provincia de Los Ríos, con una extensión de 349.77 m2;

3) Que el 23 de mayo del 2014, quedó legalmente disuelto el vínculo matrimonial mantenido entre Darwin Bajaña Rivas y Anabell Macías Orellana, quedando por liquidar la sociedad conyugal;

4) Que el demandado Darwin Ernesto Bajaña Rivas, por sí solo, ha comparecido el 9 de diciembre del 2014, a vender al señor Vicente Alvarado Cedeño, una porción de 117, 02 m2 del lote de terreno descrito e individualizado, que pertenece a la sociedad conyugal insoluta.

16.1.- Los elementos descritos, configuran el presupuesto de nulidad relativa del artículo 1700 del Código Civil en concordancia con el artículo 181 *ibídem*, por faltar en la compraventa el expreso consentimiento de la señora Anabell Macías Orellana, conforme se ha analizado en el párrafo 14 y siguientes del presente fallo, debiendo dejarse sin efecto el contrato materia de la demanda, generador de desequilibrio económico entro los ex cónyuges con igualdad de derecho en la sociedad conyugal sin liquidar, por lo tanto el contrato debe de extinguirse.[17]

16.2.- En alusión a la pretensión de reivindicación del inmueble, es de tener presente que al tenor del artículo 933 del Código Civil, "*La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*"; en el presente caso con vicio de nulidad relativa como ya se ha descrito, el bien objeto de la nulidad ha sido transmitido a otra persona, esto origina a la luz del artículo 184, en armonía con el artículo 1706 del Código Civil, esta constituye una acción independiente, que nace de la declaración de nulidad, debiendo perseguirse por cuerda separada, contra el tercero o quien funja de actual poseedor, a fin de que se restituya la sociedad insoluta.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

17.- Lo nulo es una cualidad de ausencia de valor, sin fuerza que obligue o cause efecto, es la antítesis de lo legal, carente de presupuestos sustanciales de forma o fondo. Hay varias clases de nulidades ya las constitucionales, ya las procesales, ya la de los contratos. Son de carácter absoluto y relativo. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, como aquella por omisión de algún requisito o formalidad predeterminada en la ley para su valía

[16] Gaceta Judicial. XVI. Nº. 8 Pág. 2047.

[17] Castellanos Mabel, Efectos de la Nulidad, rescisión y resolución del negocio fundamental en la cesión de derechos personales e créditos y en la cesión de contratos. 2003. Obtenido en: file:///C:/Users/USER/Documents/u234474.pdf

contractual, respecto a su naturaleza más que a la calidad o estado de los que ejecutan o acuerdan, como los contratos celebrados por los absolutamente incapaces, forman las nulidades absolutas radicales y de pleno derecho. La anulabilidad es para cualquiera otra especie de vicio relativo, dando derecho a rescindir el contrato, en función del interés particular de ciertas personas, que requieren protección dada su posición de desventaja, son causas de nulidad relativa: a) los casos en que la voluntad generadora del acto ha estado viciada; b) en los casos de lesión enorme; c) los casos en los que se omiten formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran el acto; y, d) los casos en los que el acto ha sido celebrado por incapaces relativos". La inexistencia del consentimiento o la ausencia de autorización de uno de los cónyuges, para la venta, impide surtir efectos al contrato, determinando la nulidad relativa, que una vez declarable judicialmente, a petición de parte, da derecho a la acción de reivindicación. El contrato tachado de nulo no vale jurídicamente y no valdrá nunca, por ende mal produciría algún efecto atinente al tipo negocial, por lo que se reputa inexistente.

VI. DECISIÓN

18. Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada 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**, decide:

18.1.- Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto y casar la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Multicompete de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, de 27 de junio de 2019.

18.2.- Dictar sentencia de mérito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, aceptando el recurso de apelación de la actora, revocar por tanto la sentencia de primera instancia y dictar con lugar la demanda; declarar la nulidad relativa del contrato de compraventa celebrado entre Darwin Ernesto Bajaña Rivas y Vicente Alvarado Cedeño, el 9 de diciembre del 2014, contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Primero, encargado del Cantón Palenque, Mario Carriel Rivera; a través de la cual, se da en venta real y perpetua enajenación, el bien inmueble motivo del juicio de nulidad detallado en el literal 17 de la parte resolutiva de este fallo. Escritura que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Palenque el 17 de diciembre del 2014. Ordenar al Registrador de la Propiedad del Cantón Palenque, la cancelación de la inscripción de la referida escritura que contiene el contrato relativamente nulo.

18.3.- Dejar a salvo los derechos de los que se creyeren asistidas las partes procesales, en virtud de la presente declaración de nulidad relativa.

18.4.- Por no haberse rendido caución no existe nada que devolver.

18.5.- Devuélvase los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL PONENTE (E); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL; Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2021

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

I

Juicio Nro. *23201-2018-01154*
Resolución Nro. *147-2021*
Fecha: *martes 5 de octubre del 2021, las 14h51*

TEMA: Nulidad del acto de segunda inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

ASUNTO

La acción versa sobre la declaratoria judicial de nulidad del acto de segunda inscripción de nacimiento de la demandada en el Registro Civil, quien es hermana paterna del legitimado activo en la presente causa.

Se discute sobre la validez de la segunda inscripción del nacimiento de la demandada, a través del cual se hace constar que el vínculo filial de paternidad corresponde a quien es también padre del actor, aduciendo la ilegitimidad de la relación con ella, mediante el cual se la considera como su hermana reconocida fuera del matrimonio y, para efectos de derecho sucesorio, esta segunda inscripción ocasiona al actor perjuicio, al no recibir la herencia integra del acervo liquido del patrimonio del de cujus.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo determinó que la prueba testimonial resultó ineficaz para concluir si existió doble o múltiple inscripción, como lo alegaba el actor, sustentando su conclusión en estricto apego a los derechos inherentes de la menor, de quien se procura anular la inscripción de nacimiento, salvaguardando así el derecho constitucional a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, conforme a lo enmarcado en el artículo 66 numeral 28 de la Carta Magna, por lo que declaró sin lugar la demanda.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en voto de mayoría, resolvió aceptar el recurso de apelación del accionante y declarar con lugar la demanda de nulidad de instrumento público, esto es, declarar la invalidez jurídica de la segunda inscripción de la menor de edad, sobre quien el actor alude que su reconocimiento afecta de manera directa su derecho de herencia, menoscabando su parte proporcional por concepto de sucesión.

Por lo expuesto, se revocó la sentencia dictada por el juez a quo, en consideración a que dentro de la causa existió una doble inscripción de nacimiento, misma que vulnera los derechos a suceder del demandante, de conformidad con lo determinado en el primer inciso del artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que prescribe la nulidad de las inscripciones repetidas, en el sentido de que, al tratarse de una doble o múltiple inscripción de un mismo acto o hecho del estado civil de las personas, las inscripciones posteriores serán nulas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23201-2018-01154

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.
Quito, martes 5 de octubre del 2021, las 14h51.
VISTOS

i. ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. El señor Ciro Patricio Coloma Villota, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo, planteando acción de nulidad de la segunda inscripción de la niña que se ha realizado con los nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz.
2. La demanda la presenta en forma personal y como apoderado especial de su hermana, la señora Aura María Coloma González. La acción de nulidad de la inscripción de nacimiento de la niña se incoa en contra de la Dirección Provincial de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Santo Domingo de los Tsáchilas.
3. Además, en la demanda se "solicita contar" con las señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, quienes, en su orden, aparecen como madre de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado Veloz.
4. Indica en su libelo inicial que, ***el 10 de mayo de 2004***, consta inscripción realizada en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 6, página 276, acta 2279) de la niña ***Karen Valentina Guizado Veloz***, nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, y no consta registro de filiación paterna; "que ha solicitado la inscripción la madre que han estado presente (sic) suscribiendo dicha acta de inscripción"
5. Luego, refiere que, el ***29 de marzo de 2006***, consta inscripción realizada en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828) de la niña ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila, "que han solicitado la inscripción los padres que han estado presentes, suscribiendo dicha acta de inscripción".
6. Entre otro de los fundamentos de hecho, el accionante manifiesta que es hijo del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, fallecido el 27 de mayo de 2017, quien mantenía unión de hecho con la señora María Delfina Veloz Ávila.
7. Afirma el demandante que, pese a los datos de padre y madre distintos, coincide la fecha y lugar de nacimiento de la persona cuya segunda inscripción pretende anular. El accionante señala que las dos inscripciones se han hecho respecto de la misma niña, es decir que, Karen Valentina Guizado Veloz y Nohelia Anabel Coloma Veloz, serían la misma persona.
8. Manifiesta que tiene interés en la demanda en calidad de hijo del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora y por cuanto "la inscripción de nacimiento de Nohelia Anabel Coloma Veloz afecta [sus] derechos en la sucesión".
9. Por lo que, pretende declarar la nulidad de la segunda inscripción con fundamento en la Resolución de triple reiteración 5-2014, artículos 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador, 26, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 1478 del Código Civil.
10. Sustanciada la causa conforme el trámite ordinario previsto en el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos, se dicta, en primera instancia, sentencia escrita de 21 de enero de 2020; las 09:51, declarando sin lugar la demanda.
11. Recurrida esta decisión por la parte actora, y en conocimiento de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo, se dicta sentencia escrita el 31 de agosto de 2020; las 16:53, y en voto de mayoría, se acepta el recurso vertical interpuesto, y se declara con lugar la demanda de nulidad de la segunda inscripción de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz.
12. Las solicitudes de aclaración y ampliación presentados por la accionada se rechazan mediante auto de 25 de septiembre de 2020; las 14:12.

a. Actos de sustanciación del recurso

13. Una vez notificada esa decisión, la parte accionada, señora María Delfina Veloz Ávila como

madre de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz, y la señora Daniela Cristina Guizado Veloz, interponen recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.

14. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 21 de enero de 2021; mientras que mediante auto de 02 de marzo de 2021; las 10:10, el conjuez competente del estudio del recurso, Pablo Fernando Loayza Ortega, admite a trámite el recurso de casación interpuesto.
15. Recuérdese que, desde el 02 de julio de 2020,[1] se encontraba en marcha el proceso de elección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, el que, culminaría sin la designación de jueces/zas de esta Sala Especializada, el 28 de enero de 2021[2]
16. Así, mediante sorteo efectuado el 03 de mayo de 2021, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.
17. En auto de 29 de julio de 2021; las 11:40, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 23 de agosto de 2021; a las 10:00.
18. Mediante decreto de 19 de agosto de 2021; las 15:55, de oficio, y por logística interna de las Salas de audiencias, se señaló nueva fecha para el diligenciamiento de la audiencia de fundamentación y contradicción del recurso de casación, señalándose para el 06 de septiembre de 2021, a las 10:00.
19. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, la que, de conformidad con el artículo 93 del Código Orgánico General de Procesos,[3] fue suspendida debido a la complejidad del asunto discutido y los múltiples cargos presentados en casación.
20. Con el propósito de dictar resolución oral, en la misma audiencia, se dispuso su reinstalación para el día 13 de septiembre de 2021, a las 09:30.
21. En providencia de 10 de septiembre de 2021; las 10:34, debido a la licencia por vacaciones concedida al juez nacional (e) Wilman Terán Carrillo -quien intervino como miembro del tribunal en la audiencia de casación-, se llamó a reinstalación de la audiencia para el día 20 de septiembre de 2021, a las 10:00.
22. En el día y hora previstos para la reinstalación de la audiencia, se dictó resolución oral.
23. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

b. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

24. El recurso extraordinario de casación interpuesto por la señora María Delfina Veloz Ávila como madre de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz, y la señora Daniela Cristina Guizado Veloz, ha sido admitido a trámite en el marco de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
25. Por la causal segunda, se acusa el yerro de falta de aplicación de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República, 89, 95.7 y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por causal tercera se imputa el yerro de falta de aplicación de los artículos 19 *ibídem*, y 34 del Código Orgánico General de Procesos. Por causal cuarta, la parte casacionista acusa falta de aplicación del artículo 164 ídem, que ha conllevado a la infracción indirecta, por falta de aplicación de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República. Finalmente, a propósito de la causal

[1] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. ° 072-2020 de 02 de julio de 2020, decisión en la que se convocó al concurso público de oposición y méritos para juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia.
[2] Consejo de la Judicatura, Resolución n. ° 008-2021 de finalización y cierre del concurso de 28 de enero de 2021.
[3] **Art. 93.-** Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o al juzgador pronunciará su decisión en forma oral. ***Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral*** […]

quinta, se reprocha al tribunal de apelación por incurrir en los yerros de errónea interpretación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Datos de la Identidad y Datos Civiles y falta de aplicación del texto legal del artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia.

ii. COMPETENCIA

26. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
27. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.
28. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183.6, 184 y 189.1 Código Orgánico de la Función Judicial.

iii. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

29. En el día y hora señalados para la audiencia de fundamentación del recurso, el juez nacional (e) Roberto Guzmán Castañeda, que presidió la diligencia como ponente, solicitó verificar la comparecencia de las partes procesales.
30. La actuaria de la Sala, constata la comparecencia telemática de uno de los accionantes, señor Ciro Patricio Coloma Villota junto con su defensa, abogados Alfredo y Javier Cuadros Añazco. Asimismo, ha comparecido por medios digitales, las recurrentes, señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, que intervienen a través de su defensa, el abogado Israel Montenegro.

a. Fundamentos del recurso de casación

31. El abogado Israel Montenegro, inicia por identificar la sentencia de la que recurre, el objeto y la naturaleza del proceso, así como las partes procesales que han intervenido. Señala después, las disposiciones normativas que acusa infringidas y los cargos que han sido admitidos a trámite (ver párr. 24 - 25). Luego, fundamenta cada una de las causales motivo del recurso en el orden previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

• *Causal Segunda*

32. Sobre el cargo por causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la parte recurrente señala que los parámetros de motivación delineados por la Corte Constitucional del Ecuador, son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad, que no han sido cumplidos por el tribunal de apelación en su sentencia de mayoría.
33. En opinión de las recurrentes, existe ausencia de legitimidad pasiva toda vez que, no se ha contado con todas las personas llamadas a contradecir la demanda. Sobre este punto, se refiere al artículo 34 del Código Orgánico General de Procesos que establece quienes deben comparecer a juicio.
34. Insiste en que, en la presente causa se debía entablar la controversia bajo la figura de *litis consorcio* pasivo, y que no sucedió así.
35. Que, pese a alegar esta excepción, el *ad quem*, no resolvió esta proposición, lo que, en su opinión, compromete la garantía de motivación. Acota que omitir resolver uno de los asuntos controvertidos, implica romper con los presupuestos de razonabilidad y lógica.
36. Finaliza manifestando que, la omisión de resolver todos los puntos discutidos contraviene el derecho a la defensa.

• *Causal tercera*

37. Por la causal tercera, la parte recurrente, plantea una cuestión similar al cargo anterior.
38. Acusa al tribunal de apelaciones de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas por incurrir en el yerro de *citra petita*, al omitir resolver el asunto planteado en la contestación a la demanda respecto la excepción previa de ilegitimidad en la causa.
39. En este mismo sentido, manifiesta que es obligación de toda autoridad jurisdiccional resolver todas y cada una de las proposiciones planteadas por los sujetos procesales –en la demanda y contestación- conforme el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.
40. Concluye evocando -nuevamente- el artículo 34 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de quien(es) representan al causante en juicio. En su concepto, en el caso *sub júdice*, al haberse demandado la nulidad

de inscripción de una niña que fue reconocida como hija del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, habiendo este fallecido, se debió demandar en contra de todos los herederos presuntos y desconocidos del causante –padre reconociente de la niña cuya inscripción se pretende anular-.

- *Causal cuarta*

41. Por este cargo, la defensa de la parte casacionista, señala que el tribunal de apelación, incumple la obligación de valorar todas las pruebas actuadas en la causa, lo que, contraviene el precepto de valoración de la prueba contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, yerro que conllevó a la infracción de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República.
42. Sobre el artículo 164 de la ley adjetiva, indica que esta disposición normativa regula la actividad probatoria imponiendo algunas cargas a juezas y jueces, como son, valorar la totalidad de la prueba y en conjunto, así como que, estas han de ser sopesadas en el marco de la sana crítica.
43. Como elementos probatorios omitidos valorar en la sentencia de la que recurre, indica la siguiente prueba de carácter documental: **(i)** información emitida por la Coordinación Zonal 4 del Ministerio de Educación, referentes a la matriculación escolar de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado; **(ii)** escritura pública del causante Moisés Gonzalo Coloma Mora, celebrada el 06 de junio de 2017; **(iii)** Oficio n. ° DIGER-CIC-CZ4-OT23-2018-1476-0 de 18 de septiembre de 2018 y el documento adjunto a este **(iii.i)** certificado digital de datos de identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz con cédula 2200330939; y, **(iv)** declaración de parte del accionante Ciro Patricio Coloma Villota.
44. Concluye manifestando que, la falta de valoración de todos estos elementos probatorios ha afectado en forma sustancial el proceso, toda vez que, al anular el acta de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz afecta su derecho a la identidad.

- *Causal quinta*

45. Por el cargo de infracción directa de disposiciones sustantivas, vicio *in iudicando*, la que recurre acusa infringido, por errónea interpretación el texto legal del artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.
46. Manifiesta que, si bien es cierto la disposición -acusada- establece que cuando se trate de dos o más inscripciones acerca del estado civil de una persona, a pesar de constar datos distintos, las inscripciones posteriores serán nulas y así deberán ser declaradas; precepto que ha aplicado el tribunal de alzada, sin embargo, no observa el sentido y prescripción de la segunda parte del texto legal, que establece la excepción –a la regla anterior- que no se declarará nulidad de dobles o más inscripciones cuando se trate de filiación de las personas, *máxime* que, como en el presente caso, el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora (+) reconoció –mientras vivía- a la niña como su hija.
47. Que la nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad solo puede declararse si se prueba el error, fuerza o dolo, al momento del reconocimiento, situación que no ha acontecido en la causa bajo estudio. Esto -dice-, en virtud del respeto al derecho a la identidad.

b. Contradicción al recurso de casación

48. Los abogados Alfredo y Javier Cuadros Añazco, intervienen en este orden, contradiciendo el primero las causales segunda y tercera; y el segundo profesional, las causas cuarta y quinta. En este orden se anotarán las intervenciones.
49. En la primera parte de la intervención se hace una relación de los hechos que han motivado la demanda, así como las consideraciones fácticas a las que ha arribado el tribunal de apelación, destacando la prueba de declaración de parte de la demandada, quien ha afirmado que las dos inscripciones se han realizado respecto de la misma niña.
50. Sobre la causal segunda se manifiesta que esta no procede. Explica que, en el numeral 7 de la sentencia de apelación, constan todas las razones que llevaron al *ad quem* a determinar la nulidad de la segunda inscripción.
51. Que, de acuerdo con criterios emitidos por la Corte Constitucional, la decisión judicial no debe ser ampliamente motivada en todos y cada uno de los casos, sino que, debe existir una explicación o justificación suficientes de lo decidido; que no es necesario explicar lo obvio.
52. En criterio del co-demandante, la decisión reprochada se halla debidamente motivada. Aclarando que, la falta de acuerdo de una de las partes con la decisión adoptada, no es motivo para casar la sentencia.

53. Respecto de la siguiente causal alegada, tercera, la defensa sostiene que la excepción de ilegitimidad en la causa o falta de *litis consorcio* necesario, fue debidamente resuelta. Precisando que, en la contestación a la demanda se alegó falta de legitimación de la parte actora, y no de la parte demandada como ahora se alega. Que la excepción –ilegitimidad parte actora- fue debidamente analizada y resuelta por el tribunal *ad quem*.
54. Que proponer ahora, la excepción de ilegitimidad pasiva no corresponde por no ser el momento procesal oportuno. De así suceder se estaría alterando en casación, la discusión procesal de demanda y contestación. Que la recurrente pretende reformar la excepción previa que propuso en su contestación.
55. Relata finalmente que, la excepción previa de ilegitimidad de la parte actora fue resuelta, favorablemente por el juez de primera instancia; decisión que una vez recurrida, fue revocada por el tribunal *ad quem*, órgano que dispuso continuar con la sustanciación de la causa.
56. Así, entiende que no existe el vicio de *citra petita* acusado, toda vez que, la excepción previa fue debidamente resuelta.
57. El segundo profesional que interviene en la defensa del demandante señor Ciro Patricio Coloma Villota, contradice la causal cuarta, bajo los siguientes argumentos.
58. Que, en casación, no es el momento procesal para valorar prueba; que esta actividad les corresponde en forma exclusiva a las juezas y jueces de instancia.
59. Que se encuentra demostrado que las dos inscripciones, se tratan de la misma persona; por lo que, con base en el objeto de prueba se ha anulado la segunda.
60. Para contradecir la causal quinta, la defensa sostiene que, la fundamentación ofrecida en la audiencia de casación es distinta a la del escrito casacional. Que en la diligencia acusa errónea interpretación; más en el escrito, lo hizo por omitir aplicar el artículo 83 de la ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.
61. Así, sostiene que existe una indebida acusación en este nivel.
62. Luego, manifiesta que no es verdad –como afirma la recurrente- que, este caso trate de un asunto de filiación, pues no se ha demandado la investigación de paternidad ni la impugnación de esta; sino que, se está frente a dos inscripciones de una misma persona y que la segunda debe ser anulada conforme el artículo 83 de la ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.
63. En opinión de la defensa, no se debe confundir las figuras, una cosa es la doble inscripción, y otra, la relación de filiación.
64. Afirma que, para prevalecer el interés superior del niño/a, en el presente caso, se hace bien al anular la segunda inscripción y privilegiar la primera.

iv. CUESTIONES PREVIAS

65. Previo entrar al análisis de fondo y de los problemas jurídicos técnica y rigurosamente planteados conforme los cargos casacionales en relación con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, es pertinente referirse al primer planteamiento y que refiere al cargo por el motivo 2 del texto legal del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
66. La parte recurrente funda su impugnación extraordinaria, entre otras, en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por incurrir en falta de motivación.
67. Mas, al justificar su cargo, acusa al juzgador plural por no haber resuelto todos y cada uno de los puntos controvertidos, en específico la excepción de ilegitimidad de personería.
68. Y, este mismo cargo, lo plantea en el marco de la causal tercera del artículo 268 de la ley adjetiva que prevé:

> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: […]
> 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia […]

69. Por lo que, de conformidad con esta disposición normativa, no es posible acusar bajo el cargo de falta motivación, la omisión de resolver un punto controvertido, este reproche se adecúa en la causal tercera; mientras que, la falta de motivación en la segunda de los casos de casación.
70. Debido al carácter extraordinario del recurso de casación, es obligación de quien recurre por esta vía, plantear en forma integral y adecuada cada uno de los cargos, pues los motivos genéricos previstos en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, son autónomos e interdependientes.

71. Así, la proposición jurídica completa exige a quien recurre en casación, **(i)** enunciar el cargo genérico, esto es, uno de los motivos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; **(ii)** la acusación de la disposición normativa que se considera infringida; **(iii)** especificar el yerro, a saber, errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, o *ultra petita*, *citra petita*; etc.; **(iv)** el yerro específico debe ser coherente con el cargo genérico; **(iv)** motivación suficiente, clara y que evidencie una problemática jurídica trascendente; **(v)** demostrar la influencia del yerro acusado.
72. En el caso bajo examen, el recurrente no es coherente entre la acusación genérica, causal segunda (falta de motivación), con el yerro específico, *citra petita*, pues este yerro se corresponde con la causal tercera y no segunda.
73. Adicionalmente, toda la argumentación ofrecida por causal segunda se enmarca no en demostrar un déficit motivacional, ya sea porque el ad quem no argumentó, omitió explicar la pertinencia de la aplicación normativa o es contradictorio o incongruente; sino que, la defensa de la recurrente, como se vio, señala el yerro por omitir resolver un punto controvertido.
74. De manera que, este cargo, por causal segunda ha debido ser inadmitido; sin embargo, en la fase de admisibilidad, el conjuez nacional competente no advirtió esta falencia grave del recurso.
75. Así las cosas, con el propósito de evitar una doble calificación del recurso de casación, y advirtiendo que la argumentación por causal segunda es igual o similar a la argumentación y reproches acusados en el marco de la causal tercera, este tribunal de casación, conocerá y resolverá la cuestión que ha sido técnicamente planteada y que hace relación a la omisión de resolver un asunto controvertido, yerro que será analizado en el marco de la causal tercera.
76. Así, se resolverá el fondo del asunto y los argumentos expuestos en su integralidad, bajo la problemática jurídica que a continuación se plantea.

v. PROBLEMAS JURÍDICO PLANTEADOS

77. De la discusión entablada en casación, cargos presentados, fundamentación y contradicción al recurso, se desprenden los problemas jurídicos que a continuación se detalla.
78. Por causal tercera, se determina la siguiente problemática
    - Verificar si el tribunal de apelaciones omitió resolver un asunto controvertido y propuesto por la parte demandada en la contestación a la demanda. Es decir, si se ha cometido un vicio de *citra petita.*[4]
79. Por causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico general de procesos,
    - Este órgano jurisdiccional deberá comprobar si el tribunal de alzada omitió considerar, en forma injustificada algunos elementos de prueba, incumpliendo su obligación de valoración total y conjunta de la prueba. De ser así, se analizará si esta infracción ha conducido indirectamente, a la infracción de las disposiciones normativas de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República que tratan sobre el acto de reconocimiento y el derecho a la identidad.
80. De superarse el filtro anterior, finalmente, se deberá solucionar el dilema propuesto por el cargo de la causal quinta y que refiere
    - Fiscalizar el ejercicio interpretativo realizado por el *ad quem* respecto el artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Asimismo, si existe vulneración del artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia, para determinar:
    - Si ¿la acción de nulidad de inscripción de nacimiento de una niña, es un asunto que no influye o nada tiene que ver con el derecho a la identidad?

vi. RESOLUCIÓN MOTIVADA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

a. Causal tercera, cargo por *citra petita*

81. En forma breve, se debe manifestar que, los vicios especificados en la causal tercera del

[4] Como se explicó este problema jurídico abarca también los argumentos planteados a propósito de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se trata de vicios de carácter *in procedendo* o de (in)congruencia, debido a que, el juzgador ha omitido resolver un asunto controvertido (vicio de *citra* o *infra petita*); resolvió más allá de lo solicitado (vicio de *ultra petita*), o finalmente, si se resolvió sobre un asunto que no fue materia del litigio (vicio de *ultra petita*).

82. En definitiva, se trata de una causal que se configura cuando la o el juzgador, omite su obligación de resolver todos los asuntos planteados por los sujetos procesales o, si excede el ámbito del litigio planteado por ellas.
83. En todo caso, existen ciertos casos o materias específicas en que, el juzgador se encuentra en la obligación de analizar ciertos aspectos que no fueran propuestos en litigio, así por ejemplo en materia constitucional o en ciertos casos de índole laboral, como por ejemplo la obligación de ordenar el triple recargo cuando exista mora en el pago del salario, aunque esta pretensión no haya sido explícitamente consignada en la demanda.
84. Así, y por tratarse de un problema de congruencia, con el objeto de verificar si el cargo alegado, *citra petita*, se ha configurado en la sentencia de apelación, corresponde verificar si el ad quem, ha resuelto la excepción propuesta en la contestación a la demanda y par esto, se procede verificar los actos procesales que darían cuenta del tema.
85. Las señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, han comparecido a juicio, planteando la siguiente excepción previa: que el accionante, señor Ciro Patricio Coloma Villota, ***no puede ni debe ser considerado legitimado activo***

    (…) para presentar esta clase de acción, en virtud de que la normativa anteriormente transcrita, como en los Arts. 255 y 300 del Código Civil, en concordancia con los Arts. 31 y 32 del Código Orgánico General de Procesos, prevé que los únicos legitimados a presentar demandas a nombre de una niña, niño o adolescente, y más aún de derechos inherente e indisponibles, será la madre o el padre que la ejerza (…) y el señor CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA, NO tiene ninguna de estas calidades; ni tampoco se encuentra considerado en los numerales 1 y 2 del Art. 233 A del Código Civil.[5]
86. Entonces, la proposición expuesta en la demanda, se encontraba tendiente a desvanecer la legitimidad del actor, por cuanto, las demandadas, han considerado que no puede comparecer a juicio a nombre y representación de la niña cuya inscripción se pretende anular.
87. En el mismo sentido, invocan el artículo 233 A del Código Civil que establece quienes –legitimados activos- pueden plantear demanda de impugnación de paternidad. Se alega que, el señor Coloma Villota no es ni hijo, ni quien se considere verdadero padre, como para tener la legitimidad de plantear la presente demanda.
88. En audiencia preliminar celebrada el 17 de octubre de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo, acepta la excepción previa, considerando "que efectivamente existe falta de legitimación en la causa por parte de los actores". Así, de conformidad con el artículo 235 del Código Orgánico General de Procesos, concede 10 días a la parte actora para que justifique su legitimación.
89. Fenecido el término, por auto interlocutorio de 30 de noviembre de 2018; las 08:59, se resuelve aceptar la excepción previa del artículo 153.3 del Código Orgánico General de Procesos (falta de legitimación en la causa o incompleta conformación del *litis consorcio*).[6]
90. Esta decisión fue recurrida por el accionante, y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, mediante resolución de 18 de abril de 2019; las 10:32, revoca la decisión del inferior respecto la excepción previa. En la parte fundamental del auto revocatorio, el *ad quem* escribe:

    (…) Al caso, el auto recurrido realiza un amplio análisis en lo atinente al derecho constitucional a la identidad de los niños, niñas y

[5] Contestación a la demanda, folios 133 vuelta del segundo cuaderno de primera instancia.
[6] Folios 155 – 157 del segundo cuaderno de primera instancia.

adolescentes, lo que es ajeno a la pretensión procesal, cuya pretensión es la declaratoria de nulidad de la segunda inscripción del nacimiento que figura como Nohelia Anabel Coloma Veloz, que consta en el tomo 10, página 20 acta 1828, del 29 de marzo del 2006, misma que ha sido negada administrativamente por el Registro Civil, estos temas son dos temas disímiles, pues como lo ha expresado la Corte Nacional de Justicia en sus fallos de triple reiteración, resolución No. 05-2014 en el Art. 1 considerando segundo: "…El legitimado activo del juicio de impugnación del reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello…". No se ha controvertido del proceso, como así coinciden los sujetos procesales en la audiencia de fundamentación del recurso que existe un conflicto respecto a la herencia del patrimonio del fallecido señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, por consiguiente está claro que el actor es un tercero con interés en aquello, por lo tanto la argumentación que consta del auto recurrido carece de sustento y procede su revocación (…)[7]

91. De manera que, sin que este tribunal se encuentre de acuerdo con el razonamiento del *ad quem*, se tiene que, sí ha resuelto la excepción previa propuesta por la parte accionada respecto la legitimidad en la causa de la parte actora y que como se vio, tuvo fundamento argumentativo en la contestación de la demanda.
92. No procede por tanto el cargo presentado en casación respecto la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de citra petita; el tribunal de apelaciones ha resuelto la excepción previa planteada.
93. Finalmente, este órgano no puede dejar pronunciarse sobre el argumento casacional en el sentido de que, en su fundamentación ha mencionado indistintamente, que presentó defensa de litis consorcio necesaria, ilegitimidad en la causa o ilegitimidad de personería, instituciones jurídicas que, si bien tiene cierta relación, son disímiles y tienen conceptos diferentes.
94. Como bien afirma la defensa del accionante, la recurrente en casación no puede presentar cuestiones nuevas, o, mejor dicho, no discutidas durante la sustanciación del juicio. En el *sub júdice*, la excepción previa fue la de ilegitimidad en la causa de la parte actora por no tener la calidad o no ser la persona llamada a discutir el derecho.
95. Excepción esta última que sí fue resuelta, en primera instancia de forma favorable a la demanda, y en segunda, fue rechaza por considerar que la demanda no tiene nada que ver con impugnación de reconocimiento o de paternidad sino con la nulidad de segunda inscripción que considera acciones totalmente distintas.
96. Este tribunal insiste, afirmar que la cuestión previa si fue resuelta no quiere decir que este órgano jurisdiccional esté de acuerdo con las razones del *ad quem*, para desechar la excepción.
97. Finalmente, se debe manifestar que, de acuerdo con las disposiciones adjetivas del Código Orgánico General de Procesos, la excepción previa de ilegitimidad en la causa del actor, ha debido ser tratada en audiencia preliminar y, de considerarla procedente, la o el juez –como sucedió en el caso concreto-, declaró sin lugar la demanda conforme el artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos.
98. Decisión que, siendo recurrida por la parte agraviada, fue resuelta en apelación bajo los presupuestos ya analizados.
99. Como la decisión de aceptar la excepción previa puso fin al proceso (artículo 296.1 COGEP), el auto interlocutorio accedió al superior con efecto suspensivo, y el ad quem, aceptó la impugnación vertical, por lo que, la causa continuó bajo el procedimiento previsto.
100. Así las cosas, la excepción previa que sí fue resuelta, lo fue en auto interlocutorio y no en la sentencia de fondo, debido a que, las disposiciones procesales así lo prevén, entonces, la sentencia de fondo, no era el momento para tratar la excepción de ilegitimidad en la causa.
101. En el marco de lo expuesto, no ha lugar la acusación planteada por la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; no se constata el yerro de *citra petita*.

[7] Ejecutorial de auto interlocutorio de 18 de abril de 2019; las 10:32 emitido por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, folios 165 – 167 del segundo cuaderno de primera instancia.

b. Segundo problema jurídico

Sobre la valoración conjunta de la prueba y las reglas de la sana crítica (artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos)

102. Acerca del contenido del artículo 164 de la ley adjetiva, se puede manifestar que, si bien la facultad de valoración y el criterio que de ella deviene, son de exclusiva facultad de los operadores de justicia, esta libertad no puede ser contraria a criterios de lógica jurídica, coherencia, objetividad y razonabilidad, pues la decisión a la que lleguen los juzgadores/as ha de ser el resultado objetivo de lo que los instrumentos probatorios reflejen, así se evita la arbitrariedad y el subjetivismo a la hora de tomar una decisión.

103. La sola impugnación que pretenda imponer un criterio de valoración diferente al del tribunal de apelación, no constituye motivo suficiente para que este tribunal active su control; *se debe demostrar que la valoración probatoria impugnada haya sido arbitraria o incoherente*, contrariando preceptos constitucionales y legales que rigen la prueba; y que, como producto de ese error grave, se violente una norma sustantiva de derecho, conforme requiere la técnica casacional.

104. Por otro lado, el precepto del artículo 164 del Código Orgánico de Procesos, no solo obliga a los jueces/zas a valorar los medios probatorios conforme criterios lógicos, objetivos y racionales, *sino también a incluir dentro del objeto de valoración a todos y cada uno de los instrumentos debidamente actuados, no está permitido rehusar el examen de uno de ellos caprichosamente*; y además, todo el ejercicio de valoración debe encontrarse evidenciado en la decisión.[8]

105. Por lo dicho, se puede manifestar que, por regla general, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores/as de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad y objetividad, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez/a, sea absurda o arbitraria o existan errores graves en las conclusiones fácticas que ameritan corrección. Al respecto, la jurisprudencia de la Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha anotado:

> […] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo, al valorar medios probatorios no insertos en juicio.

106. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de los medios de prueba.

De la prueba documental acusada como excluida de objeto de prueba

107. Recuérdese que, la casacionista acusó como prueba documental omitida valorar, la siguiente **(i)** información emitida por la Coordinación Zonal 4 del Ministerio de Educación, referentes a la matriculación escolar de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado; **(ii)** escritura pública del causante

[8] Este criterio ha venido sosteniéndose en los Juicios de familia Nos. 030-14, Resolución N° 174-14, de 22 de agosto de 2014, (Tacuri vs Masabanda); 208-13, Resolución N° 073-14, de 23 de abril de 2014 (Barzola vs Bardi); 129-14 Resolución N° 215-14 de 30 de septiembre de 2014 (Cabrera vs Méndez); 184-14, Resolución N° 253-14 de 06 de noviembre de 2014 (Astudillo vs Aguilar); 263-14, Resolución N° 023-15, de 15 de febrero de 2015. (Pinto vs Acuña); 100-15, Resolución N° 031-16, de 02 de febrero de 2016. (Brambilla vs Bravo); 261-15, Resolución N° 050-16 de 01 de marzo de 2016 (Arboleda vs Dávila).

Moisés Gonzalo Coloma Mora, celebrada el 06 de junio de 2017; **(iii)** Oficio n. ° DIGER-CIC-CZ4-OT23-2018-1476-0 de 18 de septiembre de 2018 y el documento adjunto a este **(iii.i)** certificado digital de datos de identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz con cédula 2200330939; y, **(iv)** declaración de parte del accionante Ciro Patricio Coloma Villota.

108. Para verificar la acusación anterior, corresponde conocer el contenido de la decisión de mayoría emitida por el tribunal de alzada. En el considerando séptimo de la sentencia bajo reproche, se condensa todo el razonamiento que motiva la decisión y el análisis de pruebas.

109. En el acápite en referencia el tribunal de alzada escribe:

SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LA SALA. - Dentro de la tramitación de la presente causa, se ha llevado a cabo una audiencia en la que se conoció el Recurso de Apelación interpuesto por el accionante señor Ciro Patricio Coloma Villota, quien manifestó que existen 2 inscripciones en el Registro Civil de Santo Domingo, por lo que solicita la nulidad de la segunda inscripción. Mientras que la parte demandada solicita se ratifique la sentencia subida en grado. Al respecto se tiene que la primera inscripción se la realizo con fecha 10 de mayo del 2004, constantes en el tomo 6, pág. 276, acta 2279, en la que consta como nombres Karen Valentina Guizado Veloz, con fecha de nacimiento 12 de noviembre del 2002, en la que solo consta los nombres de la madre señora Daniela Cristina Guizado Veloz; la segunda inscripción se da el 29 de marzo del 2006, en el tomo 10, pág. 20, acta 1828, en la que consta los nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz, nacida el 12 de noviembre del 2002, por el señor Moises Gonzalo Coloma Mora (padre) y María Delfina Veloz Ávila (madre). ***De lo transcrito en líneas anteriores, se colige con claridad meridiana, que pese a tener nombres diferentes, así como los nombres de la madre, pero las fechas de nacimiento coinciden, pero que con la resolución que corre a fojas 3, emitida por la Oficina Técnica Provincial del Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la parte pertinente indica: "… SIN TRAMITE: de nulidad de la segunda inscripción de nacimiento de: GUIZADO VELOZ KAREN VALENTINA, se determina que en las dos partidas de nacimiento se trata de una misma persona, con datos de filiación paterna y materna diferente***,". La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66 numeral 28, expresa: "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas… 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales…"; en concordancia con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en sus artículos, 26, 82 y 83, mismos que expresan, lo siguiente: "Art. 26. Verificación y requisitos. - Para las inscripciones extraordinarias, se considerarán los mismos requisitos requeridos para las ordinarias, con la verificación previa de la existencia de una inscripción sobre el mismo hecho o acto jurídico, a fin de evitar la duplicidad de inscripción"; "Art. 82. Nulidad judicial. Es causa de nulidad la inscripción y registro realizada en contravención a la ley, cuyo trámite se ventilará en sede judicial"; y, "Art. 83. Nulidad de las inscripciones repetidas. Cuando se trate de una doble o múltiple inscripción de un mismo acto o hecho del estado civil de las personas, a pesar de que consten con datos distintos, las inscripciones posteriores serán nulas y así se lo declarará; ***se exceptúa lo referente a la filiación paterna o materna***...". En virtud del análisis y de las disposiciones legales transcritas en líneas anteriores, en voto mayoría emitido por los Doctores: Marco Fabián Hinojosa Pazos (Ponente) y Galo Efraín Luzuriaga Guerrero, consideran que efectivamente dentro de la presente causa ha existido una doble inscripción de nacimiento, ***misma que vulnera los derechos a suceder del demandante señor Ciro Patricio Coloma Villota, por lo que sin más consideraciones*** (…) por la ley ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD

DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, en voto mayoría se acepta el recurso de apelación interpuesto por el accionante CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA, se revoca la sentencia subida en grado, en consecuencia se declara la nulidad de la segunda inscripción, revocar la sentencia de primer nivel, declara la nulidad de la segunda inscripción realizada en el Registro Civil del cantón Santo Domingo, el día 29 de marzo del 2006, constante en el tomo 10, pág. 20, acta 1828, teniendo como nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz, nacida el 12 de noviembre del 2002, inscrita por el señor Moises Gonzalo Coloma Mora (padre) y María Delfina Veloz Ávila (madre) (…) (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).

110. Como se puede apreciar, en efecto, como señala la recurrente, el tribunal de apelaciones no enuncia los elementos de prueba documentales que se indicaron el párrafo 107. Como resultado de la falta de enunciación de los medios de prueba, menos se puede encontrar un ejercicio de razonamiento probatorio respecto a esas pruebas para llegar a su conclusión. Finalmente, tampoco ha ofrecido razones para justificar la exclusión de la prueba documental, por ejemplo, que fueron extemporáneas, actuadas sin contradicción, etc.

111. Así las cosas, se concluye con cierta facilidad que, el tribunal de alzada ha rehusado de pruebas debidamente actuadas, contraviniendo la obligación de valoración conjunta y total de la prueba contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos.

112. Adicionalmente, se puede ver que el tribunal de alzada, únicamente valora los documentos referente a las inscripciones de ***Karen Valentina Guizado Veloz***, nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, sin que conste registro de filiación paterna; y la inscripción realizada el ***29 de marzo de 2006***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828) de la niña ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila, concluyendo que esta segunda inscripción es válida sin más razonamiento.

113. De otro lado, previo la decisión como tal, cita el artículo 66.28 de la Constitución de la República que trata sobre el derecho constitucional a la identidad; contradiciendo su auto interlocutorio anterior (en el que revocó la decisión de admitir la excepción previa de ilegitimidad en la causa, (ver párr. 90) en el que consideró que la acción de nulidad de segunda inscripción nada tiene que ver con el derecho a la identidad o filiación.

114. Como corolario de estas deficiencias, de contravención de una disposición que regula la valoración de la prueba; y de razonamiento, termina decidiendo, sin análisis del derecho a la identidad, que la segunda inscripción es nula, pese a citar la disposición normativa del artículo 66.28 de la Carta Fundamental.

115. No se puede soslayar además que, en el auto interlocutorio emitido por el tribunal de alzada, en el que revocó la decisión de excepción previa por ilegitimidad de la causa del actor, el *ad quem*, también citó una resolución de triple reiteración que trata sobre el derecho a la identidad y la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de niñ/as. Fallo de triple reiteración n. º 05-2014, que se analizará a profundidad más adelante.

116. Así las cosas, en la sentencia por voto de mayoría emitida en segunda instancia, se ha cometido un yerro ostensible de falta valoración de varios elementos de prueba, pues han sido excluidos sin justificación jurídica; y la decisión como tal, resulta contradictoria en su razonamiento, contraviniendo en forma indirecta el artículo 66.28 de la Carta Fundamental.

117. De manera que, se corrobora el cargo de infracción del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, yerro que ha conducido a la infracción indirecta de la disposición normativa del artículo 66.28 de la Constitución.

118. Aceptado que ha sido el cargo por causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, con fundamento en el artículo 273.2.3 *ibídem*, se casa la sentencia de mayoría dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 31 de agosto de 2020; las 16:53, y en su lugar, se dicta sentencia de mérito, corrigiendo el error de valoración y dictando pronunciamiento de acuerdo a los actos procesales que constan de autos.

119. En virtud de que ha sido aceptado el caso cuarto, y por corresponder emitir sentencia de mérito, ya no se hace necesario analizar el cargo por causal quinta.

vii. SENTENCIA DE MÉRITO

a. Antecedentes necesarios

120. Como se ha visto a lo largo de la presente providencia, la parte actora pretende se declare nula la segunda inscripción hecha el ***29 de marzo de 2006,*** respecto de ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828), hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila.

121. Asimismo, la parte actora manifestó que esta persona sería la misma que ***Karen Valentina Guizado Veloz,*** inscrita ***el 10 de mayo de 2004***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 6, página 276, acta 2279), nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, y sin registro de filiación paterna.

122. En la demanda, constan como fundamentos de derecho la Resolución de triple reiteración 5-2014, artículos 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador, 26, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 1478 del Código Civil.

123. La parte demandada, se opone a esta declaratoria de nulidad habida cuenta que, se trata de los derechos a la identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz, y que el solo hecho de manifestar que el señor Ciro Patricio Coloma Villota acciona porque se ve afectado en sus derechos de sucesión, no es fundamento para despojar la identidad a Nohelia Anabel.

124. Asimismo, refiere la parte demandada que se estaría frente a una acción de impugnación de reconocimiento antes que la acción de nulidad de inscripción *per se*.

125. En síntesis, estos son los argumentos de hecho y de derecho sobre los que gira la discusión procesal y que este tribunal procederá a analizar y resolver.

b. Análisis sobre el derecho constitucional a la identidad

Resolución de triple reiteración n. º 05-2014

126. Previo realizar el análisis de fondo, es necesario manifestar que, la segunda inscripción de la persona que se pretende anular, y que la parte actora manifiesta es la misma persona que la primera inscripción, ha nacido el 12 de noviembre de 2002, y la demanda fue presentada el 17 de abril de 2018 y la última boleta de citación data de 04 de julio de 2018;[9] es decir, cuando Nohelia Anabel Coloma Veloz/Karen Valentina Guizado Veloz, aún eran menores de edad, por tanto, de conformidad con los artículos 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño/a, y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia,[10] se debe considerarlas como adolescentes para efectos de este fallo.

127. Sobre el derecho a la identidad en su dimensión de filiación, en sentido general, la línea de pensamiento de este tribunal ha sido que la búsqueda de los derechos de estado civil y el de identidad por parte del titular, no tienen límites temporales ni espaciales; mas, la pretensión de desvirtuar esos derechos, sí tienen límites dentro del ordenamiento jurídico, límites que además se han considerado a luz de la constitución, como legítimos. De ahí que la Corte Constitucional del Ecuador, declaró como inconstitucionales aquellas disposiciones civiles que preveían la prescripción extintiva para los juicios de investigación de paternidad, o la que establecía la posibilidad de accionar en contra del presunto padre o madre, solo mientras ellos vivan.[11]

128. En sentido específico, este órgano de justicia en tratándose de asuntos de reconocimiento voluntario de la calidad de hijo/a habidos fuera de matrimonio, ha mantenido con firmeza la

[9] Acta de sorteo de la demanda y acta de citación, folios 88 y 93 del primer cuaderno de primera instancia.

[10] CDN.- Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
CNA.- Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años.

[11] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 025-10-SCN-CC, Caso 0001-10-CN, de 24 de agosto de 2010. Ex Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso N° 0002-06-DI, sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 274 de 19 de mayo de 2006.

posición de respeto por la verdad social antes que biológica, pues el reconocimiento de la calidad de padre, al ser un acto libre, voluntario y personalísimo, con directa implicancia en los derechos a la identidad y estado civil de las personas, resulta irrevocable por parte del propio reconociente.

129. Sobre esta base, se ha manifestado que el reconocimiento libre y voluntario de la calidad de hijo/a no se trata de un simple negocio jurídico que pueda ser revocado a voluntad del reconociente, pues se deben respetar los derechos constitucionales que devienen de tal reconocimiento, como por ejemplo el derecho de identidad social y familiar, y el derecho al estado civil.

130. Así las cosas, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia profirió la Resolución N° 05-2014 –*fundamento jurídico de esta demanda*-, vinculante en sentido horizontal y vertical, que prevé:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe elaborado; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:

PRIMERO. - El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable.

SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, *en que no se discute la verdad biológica*. (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

131. Por tanto, del precedente expuesto se desprende que, quien reconoció en forma libre y voluntaria como suya/o a una hija/o no podrá plantear acción de impugnación de reconocimiento. Si se trata de desvirtuar el acto de reconocimiento de calidad de padre realizado voluntariamente, le corresponderá únicamente la acción de nulidad de ese acto.

132. En casos ulteriores a la publicación de la Resolución del Pleno, este propio tribunal ha manifestado que: "*para que prospere la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de la calidad de padre, este deberá probar:* ***(1)*** *el vicio del consentimiento al momento de realizar el acto (error, fuerza o dolo); así como también:* ***(2)*** *la ausencia del vínculo filiatorio, a través de la prueba científica de ADN".*[12]

133. En tal sentido, el precedente contenido en la Resolución N° 05-2014 pronunciada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, efectivamente, deberá ser de obligatoria aplicación en casos de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad.

134. Por tanto, de la resolución expuesta se desprende que, quien reconoció en forma libre y voluntaria como suya/o a una hija/o no podrá plantear acción de impugnación de reconocimiento. Si se trata de desvirtuar el acto de reconocimiento de calidad de padre realizado voluntariamente, le corresponderá únicamente la acción de nulidad de ese acto.

Sobre el derecho a la identidad del artículo 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador

135. Es importante recordar que la niñez y adolescencia es reconocida constitucionalmente como un grupo de atención prioritaria, por lo que, el estado, la sociedad y la familia constituyen una triada que deben procurar el bienestar de este grupo poblacional a través de la promoción del ejercicio efectivo de sus derechos.

136. Como grupo de atención prioritaria, niños, niñas y adolescentes cuentan con los derechos que les pertenecen a las personas en

[12] Corte Nacional de Justicia, Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores: Resolución 199-16, Juicio 028-15 (Ulloa vs Ulloa); Resolución 123-16, Juicio 105-15 (Matute vs Matute); Resolución 01-17, Juicio 080-16 (Campoverde vs Campoverde); Juicio 246-16.

general, y algunos otros derechos específicos de su condición etaria. Así, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es garantizado de manera reforzada por la Constitución de la Republica, toda vez que este derecho se consagra en la parte específica atinente a niños, niñas y adolescentes, así como en los derechos de libertad de las personas.

137. El derecho a la identidad, filiación e inscripción de niños, niñas y adolescentes se encuentran además, expresamente reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

138. Los arts. 45 y 66.28 de la Constitución de la República, prevén

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 […]

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:
28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

139. Por su parte, la Convención y el Código de la Niñez y Adolescencia respecto del derecho a la identidad, establecen:

CDN 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.

CNA Art. 33.- Derecho a la identidad. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.
Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho

140. El derecho a la identidad es un derecho inmanente a la dignidad humana. La identidad significa que un ser humano, es único y auténtico; "es todo aquello que hace que cada uno sea "uno mismo" y no "otro", que a cada uno se lo defina en "su verdad personal", sin desfiguraciones, alteraciones, falseamientos, y que incluye tanto aspectos estáticos y dinámicos".

141. La identificación propia y su proyección hacia la sociedad y la familia tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, "[e]n el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada"[13]
Se distinguen dos tipos de componentes que configuran el derecho a la identidad, uno estático y otro dinámico. Se incluye en el primero a los llamados elementos de identificación tales como el nombre, fecha y lugar de nacimiento, estado filiatorio. *Se los considera estáticos porque generalmente esos datos son invariables, inmodificables*. La identidad no se agota con el aspecto estático, éste sólo es parte de la "verdad personal de cada uno". En cuanto al aspecto dinámico, se considera que la identidad está compuesta de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la

[13] Hernán Talciani, Intereses y derechos en colisión sobre la identidad, en http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art03.pdf

concepción del mundo y del hombre.[14] (cursivas fuera del texto)

142. En varios casos que ha conocido y resuelto la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, respecto de impugnaciones de paternidad o impugnaciones de reconocimiento voluntario, se ha manifestado que el derecho a la identidad tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *y que el despojo de la identidad puede tener consecuencias graves para la vida psicológica, social y afectiva de la niña, niño o adolescente*.

143. En este sentido, se ha establecido que la autoridad jurisdiccional deberá estimar el impacto o implicancia en la vida del menor de edad acerca de las consecuencias de un despojo de identidad.

144. El impacto o consecuencias de un cambio de nombres y/o apellidos, debe estar ligado indefectiblemente con el principio de interés superior, así como con la opinión, de la persona directamente afectada. El principio de interés del niño/a como principio rector y estructurante del orden jurídico en materia de niñez y adolescencia junto con el derecho de niños/as y adolescentes constituye la base sobre la cual debe girar la discusión de derechos tan sensibles e importantes en la vida como lo es el nombre, apellido, filiación paterna.

145. Por estas razones, es que el derecho a ser escuchado tiene una conexidad inmediata con el derecho a la identidad libremente escogida, en el sentido que la persona en su fuero íntimo podrá decidir cuál es la forma con la que se identifica y cómo desea proyectarse en la sociedad.

146. En el juicio No. 01204-2015-09759, el tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emitió el siguiente criterio: La idea de la prevalencia de la verdad social atiende principalmente a la defensa de una identidad desarrollada a través de las relaciones familiares y sociales entre el niño/a y/ adolescente y el reconociente. Con el propósito de la defensa del derecho a la identidad y del estado civil fincados a través de un reconocimiento voluntario de paternidad, se debe reflexionar en cada caso concreto, en atención a varios aspectos, como por ejemplo: **(i)** De conformidad con el art. 12.2 de la Convención de Derechos del Niño, la voluntad de niños, niñas y adolescentes -cuyo reconocimiento de paternidad pretenda ser desvirtuado- exteriorizada de forma genuina ante la autoridad jurisdiccional; **(ii)** interés superior del niño; **(iii)** relaciones y vínculos de carácter, emocional, familiar y social entre el menor de edad y el reconociente: **(iv)** impacto en los derechos al libre desarrollo de la personalidad, estado civil e identidad del menor de edad en relación con el principio de interés superior del niño; **(v)** impacto psicoemocional y psicosocial del menor de edad; y, **(vi)** edad de la persona.

147. La idea de una identidad personal como un aspecto de autodefinición intrapersonal y de proyección social -interpersonal-, y de los componentes estáticos y dinámicos de la identidad se complementan con el criterio de la Corte Constitucional respecto la dimensión dual del derecho, en sentido de reconocimiento, que significa cómo una persona desea identificarse; y otra correctiva, en el entendido que a pesar de contar con una identificación legalmente establecida, la persona no desea reconocerse a sí misma como tal, y por tanto, no desea proyectarse de esa manera en su vida social. O sea, la identidad "no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con lo que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno […]"[15]

---

[14] Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich, Identidad personal, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file. Este criterio sobre el derecho a la identidad ha sido vertido en un pronunciamiento anterior por parte de este Órgano de Casación. Ver Resolución N° 172-14, de 20 de agosto de 2014, dentro del juicio 073-14 (Guarquila vs Guarquila).

[15] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 341-17-SEP-CC, Caso 0047-16-EP.

148. En la sentencia No. 341-17-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 11 de octubre de 2017, dentro del caso No. 0047-16-EP, se trata el caso de una adolescente que solicitó cambiar sus apellidos paternos, con los que por cierto fue inscrita, para usar exclusivamente los apellidos de su madre, sin que esto afecte el derecho de filiación, pues de lo que se trata –en esto es insistente la magistratura constitucional- no es de un asunto de filiación, sino de cambio de apellidos.

149. En este contexto, la Corte basa su decisión en torno al derecho a la identidad contenido en el art. 66.28 de la Constitución de la República, delimitando el análisis "al concepto de identidad personal y al derecho intrínseco de escoger con libertad el nombre y apellido".

150. Para esto, se refieren a algunos pronunciamientos expedidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho en referencia, y replican lo expuesto por la propia Corte Constitucional respecto la vinculación que existe entre el derecho de identidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como posibilidad de autodeterminación de las personas "que permite individualizar al sujeto como ente único, capaz de realizarse, proyectar su presente y planificar su futuro".

151. Luego, realiza un importante análisis respecto las dimensiones del derecho a la identidad personal, en sentido de reconocimiento y en sentido correctivo. La primera dimensión significa que cuando una persona se identifica de determinada manera, exige ser reconocida por la sociedad y el estado como tal; la segunda en cambio, implica una dimensión negativa, en tanto una persona a pesar de tener una identidad oficial y legalmente establecida, no se autoidentifica como tal, por lo que, exige ser "llamada" de la manera que se reconoce a sí misma; concluyendo entonces, que la identidad no abarca exclusivamente los aspectos con los que la persona busca ser reconocida, sino que también implica los aspectos con los que no se desea ser identificada. En forma textual, la Corte Constitucional, señala:

> En este escenario, se advierte que el derecho a la identidad personal debe analizarse desde una doble perspectiva: en el sentido afirmativo, cuando el sujeto se identifica de una determinada forma y reclama su derecho a ser reconocido también por otros como tal, lo que conlleva al Estado a efectuar un acto de reconocimiento; como sucedió tras la emisión de la sentencia N.° 133-17-SEPCC dentro del caso N.° 0288-12-EP, en la que esta Corte Constitucional ordenó a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación la marginación del cambio de sexo del accionante en su inscripción de nacimiento.
>
> Y en el sentido correctivo cuando, a pesar de tener el sujeto una identidad oficial y legalmente establecida, no desea conservar determinados elementos de tal identificación, es decir la rechaza y no desea que otros lo denominen de una forma en la que no se reconoce ni se identifica a sí mismo; caso en el cual la actuación del Estado se traducirá en la modificación y eliminación de tales elementos de .identificación no deseados en sus registros pertinentes, como pretendía la adolescente, al acudir ante el Registro Civil, Identificación y Cedulación.
>
> Ello implica entonces que la identidad no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con los que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno, que en el presente caso se ve comprendido con el apellido paterno con el que la accionante fue inscrita legalmente y por tanto, consta en sus documentos oficiales de identificación emitidos por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, y aquellos posteriores que como consecuencia de ello, no ha podido modificar voluntariamente, siendo que se ha hecho identificar en su medio social y educativo con los apellidos de su madre, lo que ha sido adoptado por el fuero íntimo de la adolescente como propios.

Del caso concreto

152. Bajo todo el marco doctrinal, jurisprudencial y normativo (convencional, constitucional y legal) que se acaba de exponer, se puede concluir con bastante facilidad que la pretensión de anular una segunda inscripción de una adolescente, se trata de una alteración de la filiación.

153. Absurdo, toda vez que, de prosperar la acción de nulidad de la segunda inscripción en

los términos de la demanda, se estaría alterando varios componentes del derecho a la identidad, como son: (i) cambiaría sus nombres de Nohelia Anabel a Karen Valentina; (ii) se alterarían sus apellidos de Coloma Veloz a Guizado Veloz; (iii) se alteraría su filiación materna, de ser hija de María Delfina Veloz Ávila, a pasar a ser hija de Daniela Cristina Guizado Veloz; (iv) y finalmente, de tener como padre al señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, a dejar de tener padre.

154. La acción de anular la segunda inscripción es de trascendental importancia y de un efecto invasivo grave en la vida de cualquier persona bajo los parámetros que se acaban de exponer en el párrafo anterior. Y todo esto, sin siquiera contar con la opinión de la persona directamente involucrada y que sufriría las consecuencias de una alteración drástica en su identidad sin haber dado su opinión sobre la "simple anulación de una segunda acta de inscripción".

155. De manera que, resultan inadmisibles los razonamientos del tribunal de alzada y los fundamentos de la demanda, así como de los argumentos ofrecidos en casación por la defensa del demandante, cuando manifiesta que este asunto nada tiene que ver con el derecho a la identidad, filiación, derecho a escoger libremente sus nombres y apellidos.

156. Así las cosas, no se puede analizar la demanda sin considerar los derechos constitucionales a la identidad y estado civil de las personas en relación con otros derechos como son, libre desarrollo de la personalidad, derecho a ser escuchados, escoger libremente nombres y apellidos, derecho a desarrollo integral. etc.

157. En esta línea de análisis y en ejercicio integral y sistemático del marco jurídico que se acaba de exponer, es que, el artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su inciso primero, prescribe:

Art. 83.- Nulidad de las inscripciones repetidas.- Cuando se trate de una doble o múltiple inscripción de un mismo acto o hecho del estado civil de las personas, a pesar de que consten con datos distintos, ***las inscripciones posteriores serán nulas y así se lo declarará; se exceptúa lo referente a la filiación paterna o materna (…)***

158. El legislador ha previsto la excepción de declaratoria administrativa de nulidad de segundas o múltiples inscripciones, en casos de filiación paterna o materna precisamente por la sensibilidad del asunto y que hace referencia, a los derechos a la identidad, estado civil, derecho a escoger libremente nombres, etc. de una persona.

159. Este es el sentido de la disposición normativa, no se puede anular una segunda o ulterior inscripción cuando lo que se trata de anular es el aspecto de filiatorio, paternidad o maternidad de una persona, bajo el simple argumento de que, "las segundas inscripciones son nulas" pues este aserto, contraría abiertamente el artículo 83 de la ley en cita y que ha sido también fundamento de la demanda.

160. La presente demanda de "nulidad de segunda inscripción" como se dijo, está encaminada a alterar, **(i)** la paternidad libremente reconocida por el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, fallecido el 27 de mayo de 2017; **(ii)** la maternidad; **(iii)** nombres y apellidos de Nohelia Anabel Coloma Veloz/Karen Valentina Guizado Veloz.

161. Por lo que, en aplicación de la Resolución 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, artículos 66.28 de la Carta Fundamental, 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 33 del Código de la Niñez y Adolescencia y demás disposiciones jurídicas citadas en esta resolución, no cabe, toda vez que, en una sola acción se pretende alterar varios componentes del derecho a la identidad y estado civil de una persona.

162. Si se pretendía desvanecer el acto de reconocimiento voluntario de paternidad, entonces, se debía plantear acción de nulidad del acto de reconocimiento y no de la inscripción. Para la prosperidad de la acción de reconocimiento voluntario de paternidad, se debe probar, el error, fuerza, dolo; y, además, desvanecer el vínculo paterno filial a través de prueba de ADN.

163. Si se pretendía desvanecer la filiación materna, esta debía ser impugnada asimismo siguiendo las reglas que el Código Civil prevé para el caso.

164. Finalmente, el cambio de nombres de una persona solo puede ser realizada por el titular

del derecho al cumplir su mayoría de edad, y una sola vez, conforme los artículos 78 e inciso final del 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

165. Por tanto, en forma velada, o por subterfugio, la demanda pretende acumular varias acciones, impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, impugnación de maternidad, y cambio de nombres, lo cual, como se ha analizado resulta improcedente.

Análisis de la prueba en relación con el marco doctrinario y jurídico que se acaba de exponer

166. Más allá de lo expuesto, de la prueba actuada en la causa, no se ha demostrado en forma alguna, que el reconocimiento de paternidad realizado por el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, respecto Nohelia Anabel Coloma Veloz, haya sido producto de un vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolor, ni menos, se ha desvanecido su vínculo biológico de paternidad a través de ADN, las dos pruebas imprescindibles para la prosperidad de la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad.

167. Adicionalmente, por el propio aserto de la parte actora se tiene que, la señora María Delfina Veloz Ávila, quien consta como madre de Nohelia Anabel (en la segunda inscripción), ha mantenido una unión de hecho con el padre reconociente señor Moisés Gonzalo Coloma Mora.

168. Esta expresa declaración hecha en el libelo de demanda (fs. 10), consta además corroborada con la prueba anexa a la demanda, que se trata de un poder especial otorgado por Willian Ludgardo Coloma Albán, Pedro Gonzalo Coloma Luna, Dangins Petri Coloma Villota, Egda Floricelda Coloma Moreira, Tito Fabricio y Robertt Danilo Coloma Barrionuevo, y Edwin Darío Coloma Briones a favor de Ciro Patricio Coloma Villota (ahora accionante). En la escritura pública, se manifiesta:

(…) Antecedentes: El señor **MOISÉS GONZALO COLOMA MORA**, de estado civil divorciado, falleció en esta ciudad de Santo Domingo el 27 de mayo de 2017, sin dejar testamento y anteriormente a su fallecimiento constituyó Unión de Hecho con la señora **MARÍA DELFINA VELOZ ÁVILA**. Procreó los siguientes hijos 1) **WILLIAN LUDGARDO COLOMA ALBÁN**; 2) **PEDRO GONZALO COLOMA LUNA**; 3) **DANGINS PETRI COLOMA VILLOTA**; 4) **EGDA FLORICELDA COLOMA MOREIRA**; 5) **CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA**; 6) **AURA MARÍA COLOMA GONZALEZ**; 7) La menor de edad de nombres **NOHELIA ANABEL COLOMA VELOZ** (…) (Negritas y mayúsculas son originales)

169. Esta prueba se encuentra además corroborada por la escritura pública de posesión efectiva de bienes del señor Moisés Coloma Mora (fs. 96 ss.) en que, se dice que se entrega la posesión efectiva de los bienes del causante a sus hijos/as y nietos/as -- entre los que consta Nohelia Anabel Coloma Veloz.

170. En la declaración de parte del señor Ciro Patricio Coloma Villota, se reconoce que su padre, el causante, convivía con la señora María Delfina Veloz Ávila.

171. De la prueba relatada se infiere que, el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, convivía con la María Delfina Veloz Ávila, y que, los herederos/as de aquel, reconocían como hermana e hija de la pareja a Nohelia Anabel Coloma Veloz.

172. Adicionalmente, del análisis probatorio, no se desprende en forma alguna, que la primera inscripción Karen Valentina Guizado Veloz y la segunda inscripción Nohelia Anabel Coloma Veloz, se trate de la misma persona. La defensa de la parte actora, manifestó que esto se habría reconocido en la declaración de parte de la demandada, mas, esta prueba fue inadmitida por extemporánea en audiencia preliminar. Esto consta del minuto 22:30 de la audiencia preliminar llevada a cabo 2l de octubre de 2019.

173. No es menos importante manifestar que, incluso de haberse demostrado que las dos inscripciones se trate de la misma persona, el asunto no es de tal simpleza o ligereza de anular la segunda inscripción, pues como se ha analizado, esto implica un sinnúmero de actos que afectan derechos constitucionales de trascendental importancia en la vida de una persona y que no pueden ser objeto de acción de nulidad de inscripción.

174. Tras lo dicho, no se hace necesario considerar más prueba o aspectos jurídicos, pues la conclusión es clara, si se pretende alterar la filiación, nombres y apellidos de una persona, no cabe acción de nulidad de segunda inscripción. Esta conclusión se hace con base en las mismas disposiciones fundamento de la demanda, artículo 66.28 de la Carta Fundamental, 83 de la Ley Orgánica de gestión de la identidad y Datos Civiles, resolución de triple reiteración 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia y demás marco jurídico expuesto en esa resolución.

Sobre la solicitud y trámite de caución

175. Finalmente, se debe manifestar que, una vez interpuesto el recurso de casación, las casacionistas han solicitado al *ad quem*, fijar una caución con el propósito de suspender la ejecución de la causa.

176. Solicitud que ha sido atendida favorablemente por el tribunal de apelaciones, mediante auto de 11 de noviembre de 2020; las 14:30, consignándose, por la parte demandada, casacionista, el valor de US $ 500.00 (quinientos dólares) por concepto de caución, y se ha ordenado suspender la ejecución de la causa.

177. Esta forma de sustanciar el recurso de casación por parte del tribunal *ad quem*, atenta en forma directa el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos, que expresamente prevé que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la causa, *salvo que, el asunto verse sobre el estado civil de las personas, cual es el presente caso*.

178. Por tanto, en la presente causa, no debió ordenarse consignar caución, pues la suspensión de la ejecución de lo decidido procedía conforme el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos.

viii. DECISIÓN EN SENTENCIA

179. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada 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",** casa la sentencia que por voto de mayoría fuera emitida el 31 de agosto de 2020; las 16:53, por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

180. Debido a la argumentación y razones de hecho y de derecho ofrecidas en esta decisión, se declara sin lugar la demanda.

181. Devuélvase a la parte recurrente el valor que ha consignado por concepto de caución. Se aclara que, el tribunal de segunda instancia ha errado al ordenar caución para suspender la ejecución de lo decidido, toda vez que, con base en el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos, no era necesario hacerlo; la suspensión procedía por expresa previsión de la disposición en cita.

182. Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese.**

f) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E) PONENTE; Dr. David Isaias Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *14304-2018-00997*
Resolución Nro. *165-2021*
Fecha: *miércoles 20 de octubre del 2021, las 15h04*

TEMA: Valoración en conjunto del acervo probatorio en una acción de declaratoria judicial de paternidad *post mortem*.

ASUNTO

La demanda versa sobre la declaratoria judicial de paternidad post mortem, a través de la cual se pretende que se establezca la filiación biológica del causante, como padre del actor de la acción interpuesta.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Sucúa, Provincia de Morona Santiago, estimó que la presentación probatoria del accionante no permitió determinar la paternidad con el causante, debido a la imposibilidad del examen comparativo de ADN con el presunto progenitor o sus restos mortales. El juzgador señala que se realizó la exhumación del cadáver de su presunto tío paterno, emitiéndose un informe de filiación paterna, en el que se concluye que si existe el ´´linaje paterno´´ del actor, sin embargo, afirma que del análisis no se puede tener la absoluta certeza de que la parte accionante es hijo del presunto padre difunto, precisando que con la prueba de linaje paterno queda abierta la posibilidad de ser hijo del mismo tío o de los otros hermanos del causante, ya que el linaje paterno, según el informe técnico, permite establecer la línea ascendente paterna, mas no determinar con exactitud quien es el padre. Por este motivo, el juzgador declaró sin lugar la demanda.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago manifestó que, pese a la imposibilidad de realizar la práctica de la prueba de ADN al presunto progenitor, la misma fue efectuada al presunto tío del actor, indicando que en la investigación de paternidad post mortem normalmente se recurre al examen de ADN mediante la exhumación de los restos mortales del presumible progenitor. El órgano jurisdiccional adiciona que la oposición de los herederos, cónyuge o parientes del extinto, deriva en la presunción legal de paternidad, que correlacionada con otros medios de prueba la corrobora, y que, inclusive, el artículo 258 del Código Civil señala que cuando el propio investigado de paternidad o maternidad se niega a someterse al ADN, el hecho de la filiación se presume.

Por ello, en pro de salvaguardar el interés legítimo de los hijos, amparados a nivel constitucional por iguales derechos, permitiendo al hijo el ejercicio de la acción de reclamo del estado filiativo en términos amplios, el tribunal considera que la libertad probatoria en el juicio de declaración de paternidad autoriza al hijo, o a quien legalmente lo representa, a acceder a todos los medios de prueba para su procedencia, porque el objetivo primario en la causa es el derecho del hijo a que declare su filiación biológica.

Es así que el tribunal, aceptando el recurso de apelación presentado por el actor, procedió a valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica, según el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, concediendo la declaratoria judicial de paternidad *post mortem.*

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 14304-2018-00997

Juez Ponente: Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, miércoles 20 de octubre del 2021, las 15h04.

El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados conforme al orden jurídico constituido y por el sorteo de ley realizado en esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, pronuncian la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, de 30 de noviembre de 2019, en la presente causa ordinaria de declaratoria de paternidad post morten, seguida por José Abrahan Torres Calle (en adelante "*accionante*" o *"recurrente"*) en contra de la señora Carmen Gerardina Palacios Palacios y demás herederos presuntos y desconocidos del señor Pomerio Alejandro Palacios López (en adelante "*parte demandada*" o "*parte accionada*").

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció debido al recurso de apelación deducido por el accionante contra la resolución emitida por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Sucúa, de 10 de septiembre de 2019, en la que declaró sin lugar la demanda plateada, por falta de prueba.

1.2.- Satisfecho el trámite del indicado Recurso de Apelación, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por el accionante y en consecuencia dictar con lugar la demanda, declarando que el actor José Abrahan Torres Calle es hijo de Pomerio Alejandro Palacios López y ordena la inscripción de la sentencia en el Registro Civil del Cantón Guayaquil.

2.- La parte recurrente: Notificada la resolución en cuestión, la señora Carmen Gerardina Palacios Palacios, deduce Recurso de Casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsora del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales Admitidas en el Recurso de Casación: Remitido el recurso interpuesto, por sorteo, es resuelto por el Conjuez Nacional, doctor José Layedra Bustamante, quien, mediante auto de 27 de octubre de 2020, luego del estudio formal del escrito contentivo de Casación, admite el mismo por los casos dos y cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En consecuencia, la actividad jurisdiccional de los jueces de casación, queda fijada en los términos de los cargos admitidos en fase de calificación y de la sustentación en la audiencia oral, pública y contradictoria efectuada en los términos del artículo 272 *ibídem*.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente, señora Carmen Gerardina Palacios Palacios, por parte de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contra parte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Defensa técnica de la parte recurrente: En lo sustancial, inició la fundamentación por el caso dos del artículo 28 del COGEP, aludiendo la falta de motivación del fallo impugnado y la concomitante infracción de los artículos 89, 164 y186 del COGEP y 13 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, bajo la consideración, de que aquel carece del requisito de razonabilidad puesto que la decisión no se sustenta en normas constitucionales ni legales que se subsuman a lo que es materia de fondo, faltando al silogismo, el precepto jurídico que la respalde. No se explica, bajo qué razonamientos se ha llegado a la conclusión, decayendo también en falta congruencia y consistencia entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia, visto que el párrafo tercero del numeral sexto, el Tribunal afirma no tener certeza sobre la filiación del demandante con el señor Pomerio Palacios López, dada la imposibilidad física de la prueba científica para determinar la identidad de las personas; sin embargo, concluye que con sustento en lo expuesto y las disposiciones legales invocadas, ha llegado al convencimiento del que el señor Pomerio Palacios López es padre del actor José Abraham Torres Calle. Anotación que resulta contradictoria, aun cuando se diga que el linaje de paternidad se ha establecido con el señor Carlos Alberto Palacios López, persona de la cual no se reclama la paternidad; no se puede decir que existe convencimiento bajo el silogismo de ausencia de certeza, demostrándose evidente contradicción y falta de la razonabilidad de los jueces de apelación. Con apoyo en el caso cuarto, denuncia la errónea valoración de los testimonios rendidos por las señoras María Salazar Chauripoma, Maria Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, en vista de la falta de aplicación de los artículos 186 y 164 del Código General del Procesos. Refiere, que la sala de apelación no ha valorado los testimonios descritos relacionándolos con el resto de pruebas practicadas, en específico con la prueba científica de ADN, que no brinda certeza de la paternidad demandada, basándose la decisión únicamente en las declaraciones de los testigos para supuestamente arribar a su convencimiento, dado el fuerte parecido del actor con el fallecido Pomerio Palacios López. Considera que la vulneración de los preceptos de valoración indicados, da lugar a la infracción indirecta del 13 del Código de la Niñez y Adolescencia, que se ha dejado de aplicar en la sentencia, según la cual la prueba de ADN, es elemento suficiente para descartar o para afirmar la paternidad, en el caso, el linaje de paternidad determinado con un supuesto tío no es concluyente para el efecto, tanto más, que bien puedo realizarse el examen con la demandada, quien es hija de quien se demanda la paternidad. Con los indicados yerros, solicitó se case la sentencia recurrida.

5.1.- Por requerimiento del Juez Nacional, doctor Roberto Guzmán, en su calidad de miembro del Tribunal, el defensor técnico señaló, que toda prueba permite al juzgador llegar al convencimiento de los hechos que proponen las partes; y que, en efecto en la sentencia de apelación, se manifiesta que no existe certeza de que el actor sea hijo de quien aduce, premisa sobre la que termina resolviendo, no óbstate de que no se trate de un estándar probatorio. Así mismo, aclara que el examen de ADN, se efectuó al señor Carlos Alberto Palacios Lopez, hermano del supuesto padre del actor, en vista de que el cuerpo del señor Pomerio Palacios ha sido trasladado, además, que dicho elemento de prueba, pese a ser objetado por la anterior defensa técnica de la demandada, no fue aceptada dicha solicitud en primera instancia, por considerarla pertinente, conducente y oportuna para el objeto de la controversia, pese a que no se estaba demandando la paternidad del hermano.

6.- Efectivización del principio de contradicción: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, quien puntualizó, que la sentencia cumple con el estándar de motivación, estando dividida en siete considerandos: referentes a la competencia, admisibilidad del recurso de apelación, régimen de nulidades y procedimiento del recurso de apelación; carga y evacuación de la prueba. Que, en el considerando sexto, se cita el contenido de los artículos 164 del Código Orgánico General de Procesos, 66 numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador y 225 del Código Civil, estos dos últimos, relacionados con el derecho a la identidad de la persona y de quienes están legitimados para proponer la acción de declaración de paternidad. Elementos que desvanecen la aseveración que el fallo no se encuentra fundado en ninguna norma de derecho, por el contrario, se han subsumido los hechos a las disposiciones jurídicas aplicables. En cuanto al parámetro de lógica, este su cumple con una importante carga argumentativa que le da solidez a la decisión con normas

suficientes para dilucidar el tema que ha sido puesto en conocimiento. Por último, la sentencia es comprensible, contiene un lenguaje sencillo claro y fácil de entender. Indica que la recurrente, ha planteado conjuntamente con la falta de motivación en vicio de contradicción en la sentencia, vicios que no se pueden combinar bajo el mismo argumento. Añade, que durante la alegación de la casacionista, se ha dicho que dicho que fue imposible realizar el examen de ADN a los resto del señor Pomerio Palacios, por haberse exhumado el cadáver por pedido de la hoy demandada, cuyos restos hasta el momento no aparecen, pese a que se lo exhumó para trasladarlo a un cantón Guachapada de la provincia del Azuay, para ser sepultado en un sector llamado Sastre, pero según se ha certificado el cadáver nunca llego a ese lugar; situación que obligó a efectuar prueba de ADN con el cadáver del señor Carlos Alberto Palacios López. Los jueces de la Corte Provincial, a partir de la sana critica, han llegado al convencimiento de que el actor es hijo de Pomerio Alejandro Palacios López. Desde su punto de vista, el recurso planteado busca la revisión de la prueba aportada en el proceso, situación que está prohibida en casación, tampoco se ha demostrado que la valoración haya sido absurda o arbitraria, quedando en evidencia el defecto en la proposición del recurso. Resalta que existe confusión en cuanto al método de valoración probatoria del artículo 164 del Código Orgánico General y el precepto contenido en el artículo 184 ibídem. Solicitó se rechace el recurso de casación interpuesto y se confirme la paternidad demandada.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 172, 183 numeral 6, 184, 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos; de conformidad con la resolución número 03-2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el sorteo de ley; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra 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 en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de la causal invocada, admitida en fase previa de admisibilidad: Tal como ha quedado establecido, en el párrafo 3 del fallo, los casos admitidos por vía casacional, son el dos y el cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, atinente a los vicios de:

"2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
4. 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 sustantivo en la sentencia o auto."

10.1.- El caso dos atiende a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del *Código Orgánico General de Procesos* y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso cuarto de casación, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo; concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones.

En cuanto a los vicios de esta causal -falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación- responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; por su parte la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, conforme al principio dispositivo, se tiene que la parte recurrente ha invocado los casos dos y cuatro del artículo 268 Código Orgánico General de Procesos, alegando falta de motivación por ausencia razonabilidad en el fallo; y, falta de aplicación de los artículos 164 y 184 *ibídem*, violación conducente a la no aplicación del artículo 30 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Como ya ha quedado determinado, se procede a verificar lo impugnado por la casacionista conforme los cargos expuestos en la audiencia de fundamentación oral.

12.1.- Los cargos acusados: La sentencia impugnada, incurre en falta de motivación, carece de respaldo de norma constitucional o legal que sustente los razonamientos de la decisión, esto en contraposición con el parámetro de razonabilidad en la motivación. Situación que también da lugar al vicio de contradicción o inconsistencia, en la parte considerativa de la sentencia se anota que, ante la falta de la prueba de ADN de los restos mortales del señor Pomerio López con la persona del demandante, carece de certeza sobre la filiación del señor Abraham Torres Calle; acto seguido, en la parte resolutiva concluye el tribunal, que ha llegado al convencimiento del que el señor Pomerio Palacios Lopez es padre del actor, tal deducción es contradictoria. El linaje paterno se ha establecido con el señor Carlos Alberto Palacios López, persona distinta a la que se ha reclamado la paternidad; existe evidente contradicción en la decisión, la falta de certeza impide llevar al convencimiento del Tribunal. Los testimonios de las señoras María Salazar Chauripoma, María Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, se valoran sin correlación con la prueba científica de ADN, la cual es determinante para el establecimiento o descarte de paternidad, pese a la falta de certeza, el Tribunal funda su convencimiento en la prueba testimonial, que solo sugieren un fuerte parecido entre el accionante y el señor Pomerio Palacios López. La fijación del linaje paterno con un tío carece de certeza con relación a la persona cuya declaración de paternidad se requiere.

12.2.- Problema a dilucidar: De la abstracción realizada a los dos cargos acusados, se establece el siguiente problema jurídico a resolver: ¿La falta de la prueba de ADN con el presunto padre, impide la declaratoria judicial de paternidad post morten?, interrogante que se pasa a desarrollar en los párrafos siguientes:

¿La falta de la prueba de ADN con el presunto padre, **impide la declaratoria judicial de paternidad post morten?**

13.- Acerca de la filiación.- En términos amplios, la filiación es el conjunto de relaciones jurídicas, que determinadas por la maternidad o la paternidad, vinculan a los padres con sus hijos[1]. En ese sentido, alude a la procedencia de los hijos respecto a sus progenitores y a la relación existente entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como son: el derecho al nombre, a conocer a sus progenitores y descendencia, de alimentos, sucesorios, entre otros. Se la considera como una relación jurídica recíproca entre los progenitores legalmente establecidos y los hijos que representa el origen del torrente de derechos y obligaciones exigibles entre progenitores e hijos. Al sustentarse en el vínculo de la generación, origina un estado, determinante de la posición que la individualidad humana ocupa en la familia como hijo, derivándose en prerrogativas y responsabilidades; de allí que se dice, que habrá filiación cuando el vínculo entre padres e hijos se traslada al plano jurídico. Esta relación parental puede tener como origen un hecho bilógico o hecho jurídico marcado por la ley, como sucede con la adopción. El artículo 24 del Código Civil señala: "*Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.*" De esta relación filial se ocasiona entre otros aspectos el parentesco, la patria potestad y a partir de ella, se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los ascendientes y descendientes de un grupo humano dentro de la sociedad.

13.1.- La filiación puede ser por naturaleza, denominada como aquella que posee una base biológica, cuyo criterio legal fundamental para establecerla es la fijación del hecho biológico de la generación, dándose un reconocimiento legal a las más frecuentes relaciones familiares dentro de las cuales el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Esta clase de filiación, es de la que habla el artículo 24 del Código Civil, la cual puede ser marital y extramarital, iguales en efectos y distintas por su origen en una unidad familiar o fuera de ella. La filiación extramarital tiene igualdad de derechos con la marital, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. Las únicas diferencias entre estas filiaciones, están en las formas de reconocimiento o determinación legal de éstas. Así por ejemplo la marital se sitúa en el artículo 24 letra a, del Código Civil, por haberse concebido al hijo dentro del relación marital, asimilándose a éste el matrimonio aparente o putativo de los progenitores, como también a la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente; situaciones en las cuales, la ley presume esa paternidad o maternidad de manera automática. La extra marital se revela en el artículo 24 letra b, del Código Civil, por el hecho de reconocerse al hijo voluntariamente por el padre o la madre o por ambos, al no existir matrimonio entre ellos. De manera general, el supuesto de la letra c, de la norma *ibídem*, manifiesta la filiación cuando ha sido necesaria la intervención judicial para que se declare hijo de determinados padre o madre, o se ha requerido de la misma para la adopción, establecida en el artículo 314 y siguientes del Código Civil. En el caso *in examine* se está ante una demanda de declaración judicial de filiación, subsumible al artículo 24.c del Código Civil, por el hecho de fallecimiento de quien se presume era el padre del demandado, requiere de la acción de investigación de paternidad esgrimida en los artículo 252 y subsiguientes del Código Civil; que faculta al hijo que no ha sido reconocido voluntariamente, a solicitar a la administración de justicia, lo declare hijo de determinado padre o madre.

13.2.- Sobre el derecho de identidad y declaratoria de paternidad post mortem.- La filiación hace parte del derecho a la identidad personal, que como derecho de libertad contenido en el artículo

[1] Eduardo Zanoni, Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires. 2012. Pag.61

66.28 de la Constitución de la República, permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; así como la conservación y desarrollo se sus características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Así, la identidad personal, en la arista de conservación de la verdad biológica y procedencia familiar, va más allá del vínculo jurídico que otorga la filiación por su reconocimiento legal; dado que el Estado está obligado a la protección de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando que cada miembro identificado como parte un linaje familiar, goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de sus integrantes, promoviendo la responsabilidad parental, aun cuando los padres se encuentren separados de sus hijos, sin perjuicio de los antecedentes o calidad de la filiación. Por tanto, el derecho de identidad personal, evoca a dos supuestos: 1) la identidad genética y 2) la identidad filiatoria[2]; a través de la primera se busca llegar a la realidad biológica de la persona, pues no obstante del sentido de pertenencia que se pueda tener con respecto a quienes jurídicamente aparecen como familia, es importante que se respete la dignidad e individualidad que caracterizan a cada persona. Así, la Declaración Universal, sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en su artículo 2 consagra: *"(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. (b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad";* se permite entonces, que toda persona conozca la verdad sobre su origen y en consecuencia, la herencia genética legada de sus progenitores biológicos; lo cual devela su irrepetible identidad. De manera general, la identidad filiatoria, también está dada a partir de verdad biológica, pero bajo ciertas circunstancias la identidad de filiación no siempre coincide con la identidad genética, como sucede en el caso de hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente aun conociendo que no lo son o mediando errores en el consentimiento del reconociente. Lo que importa en la identidad filiatoria, no es el origen sino la relación parental dada por el reconocimiento jurídico del individuo con respecto a quienes ostentan como sus progenitores; el valor de la filiación, vista únicamente como vinculo jurídico, es tal, que en el régimen legal de familia, importa más que la certeza biológica, por proteger la identidad personalísima del individuo que se auto determina e identifica con la parentela y grupo familiar en el que se desenvuelve, criterio que se concatena con la obligación de protección del artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[3] y el artículo 67 de la Constitución de la República. Indistintamente de la disquisición efectuada, lo que atañe al caso en análisis, es la identidad genética del actor, quien inclusive ha rebatido en juicio anterior de impugnación de reconocimiento, su identidad filiatoria con aquel que lo había reconocido voluntariamente como su legítimo hijo, buscando ahora, la declaración judicial de paternidad post morten de quien se presume fue su padre, para cuyo establecimiento era factible recurrir a la prueba científica de ADN, de los restos mortales del presunto progenitor, por ser el medio más idóneo con es que se cuenta en la actualidad para revelar la herencia genética en este tipo de acciones y que a luz del artículo 13, Capítulo I, Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, es prueba suficiente para la declaración de maternidad o paternidad. No obstante, en la investigación de paternidad, en pro de salvaguardar el interés legítimo de los hijos, amparados a nivel constitucional por iguales derechos, se erige el denominado principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, que permite *"al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyándose en toda la gama de pruebas que admite la ley, posibilitando, de este modo, y en forma definitiva, la búsqueda de la verdad real por*

[2] Eduardo Zanoni, ibídem, pág.78
[3] "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

sobre la verdad formal"[4]*;* mediante este principio se otorga igualdad en el círculo familiar, dando paso al libre desarrollo de la personalidad[5] a través de la singularidad del ser, cuyo fundamento descansa en el derecho a conocer la verdad bilógica, solo así se protege el derecho a la identidad personal. Entonces, la libertad probatoria en el juicio de declaración de paternidad, autoriza al hijo o a quien legalmente lo representa, a acceder a todos los medios de prueba para transparentar su procedencia, porque el objetivo primario en esta causa, es el derecho del hijo a que declare su filiación biológica[6], es decir que frente al derecho constitucional de identidad del hijo el de intimidad de sus progenitores se limita, pero esto no significa que se desconozca; únicamente supone una garantía de equidad. Precisamente, en la investigación de paternidad post morten, normalmente se recurre al examen de ADN mediante la exhumación de los restos mortales del presumible progenitor, la posible oposición de los herederos, cónyuge o parientes del extinto, deriva en la presunción legal de paternidad, que correlacionada con otros medios de prueba la corrobora; inclusive, el artículo 258 del Código Civil, señala que cuando el propio investigado de paternidad o maternidad se niega a someterse al ADN, el hecho de la filiación se presume.

14.- De la imposibilidad de la práctica de la prueba de ADN: Como se ha analizado, la prueba de ADN, es por antonomasia la que determina con certitud la génesis de la persona y por ende su filiación bilógica, dada da fiabilidad que este examen otorga. La estructura del ácido desoxirribonucleico mejor conocida como ADN, es una doble cadena que gira sobre sí que contiene información hereditaria codificada solo por cuatro nucleótidos[7], su importancia radica en su necesidad para el funcionamiento celular, ya que contiene las instrucciones para sintetizar proteínas. *"(...) Un perfil de ADN se compone de los genotipos para varios STRs (secuencias de ADN), que forman un código casi único para diferenciar o relacionar a una persona biológicamente... A la dotación completa de material genético que recibimos de nuestros padres se le denomina genoma, y se localiza en el núcleo de prácticamente todas nuestras células, por lo que teóricamente es posible realizar la prueba de ADN a partir de una sola célula de casi cualquier tejido.... recibimos una dotación genética doble, vía paterna y materna, que constituye nuestro genoma,... prueba de ADN se realiza analizando secuencias del genoma muy variables,... Estas secuencias permiten diferenciar a un individuo de otro y, al heredarse de padres a hijos, también permiten establecer relaciones biológicas de parentesco, por lo que se les conoce como marcadores genéticos Cabe señalar que para cada marcador una persona tendrá dos alelos, uno materno y otro paterno, y a dicha combinación de alelos que recibimos de nuestros padres se le denomina genotipo"*[8]. Pero no siempre existe la posibilidad de efectuar la prueba directamente con el padre o la madre, como sucedió en el *in examine*, en que el cadáver del señor Pomerio Palacios desapareció, ante esta situación la genética ha desarrollado la práctica del ADN para determinar la paternidad, usando el cromosoma sexual "Y" que científicamente establece una herencia exclusiva de padres a hijos varones, dado que gran parte del material genético paterno y materno se mezcla (23 cromosomas maternos y 23 paternos), el par de cromosomas que establece el sexo, en el caso de los varones el "Y", que determina el sexo masculino no se mezcla durante la formación de los gametos, por ello cada hombre recibe un cromosoma "Y" idéntico al de su padre. *"El potencial del cromosoma Y ..., permite resolver casos en situaciones forenses particulares, como violaciones, donde existe una mezcla de ADN de hombre/mujer, ya que estos marcadores al ser específicos del varón generarán un perfil de ADN específico del agresor. Por su parte, en pruebas de paternidad, los Y-STRs tienen un gran*

---

4 Sentencia de la Corte Suprema de Chile n°2.089-05, de 28 de agosto del 2006, Cuarta Sala.
5 Artículo 66. 4 y 5 de la Constitución de la Republica.
6 Sentencia del Tribunal supremo Español, de 15 de marzo de 1989 así también se recoge esto en otras sentencias tales como STS 5 de abril de 1990 y STS 2 de enero de 1991.
7 La unión de las bases de una cadena con las de otra se hace siempre entre la adenina y la timina y, la citosina y la guanina.
8 Rangel Villalobos H. La prueba de paternidad con ADN, Artículo de revisión, 2010. Obtenido en: file:///C:/Users/USER/Downloads/LaPruebadePaternidadconADN_unlocked.pdf

poder de exclusión cuando el hijo en disputa es varón, y permiten resolver casos donde el supuesto padre no está disponible, ya que sus parientes varones por línea paterna (hermanos, tíos, abuelo, primos, etc.) sirven de referencia por tener el mismo haplotipo para el cromosoma Y"[9]. Como vemos, desde el punto de vista científico técnico descrito, es más fiable el examen de ADN entre varones presumiblemente del mismo tronco genético, en razón del cromosoma idéntico que heredan de generación en generación. Este tipo de análisis facilita la investigación de paternidad, no requiriendo la presencia o los restos mortales siquiera del padre presunto, basta con el acceso al material genético de otro ascendiente, descendiente o colateral varón.

14.1.- En consecuencia, la aseveración de la casacionsita con relación a que la fijación del linaje paterno con un hermano del extinto señor Pomerio Palacios López no otorga certeza de la paternidad demanda por lo que su valoración correlacionada con los testimonios de las señoras María Salazar Chauripoma, María Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, no justifican el convencimiento al que arribó el tribunal para conceder la acción, se contrapone al rigor que la ciencia otorga al genoma humano[10], que aunque se examine a partir de otro individuo siempre que sea del mismo linaje, constituye un indicio y dado que no se puede desconocer el derecho de identidad como trasfondo de la acción de declaración judicial de paternidad, bien ha actuado el tribunal ad quem, afirmando en el considerado Sexto, que: *"(...) Ante la imposibilidad física de la pruba científica para determinar la identidad de las personas, el juzgador no puede afectar el derecho a la tutela efectiva de los derchos del actor con las otras pruebas practicadas... La Exhumación del Cadáver del presunto tío paterno del accionante Carlos Alberto Palacios Lopez, y posterior Informe de la Prueba de Filiación Paterna, por el Perito Dr. Raul Esteban Carrasco Castro determina un "linaje paterno" con el accionante; si bien aquello no nos da la certeza de filiación paterna con Pomerio Alejando Palacios Lopez; si nos sirve para valorar la prueba en su conjunto con los testimonios de María Salazar Yauripoma, Maria Augustina Yupa Tenemaza, e Hilda Beatriz Palacios Lopez, la ùltima hermana del causante cuya paternidad se demanda, en el sentido de que si bien este fue soltero, sabían que éste tenía dos hijos, y que José Abraham Torres Calle quien tiene un parecido físico fuerte con Pomerio Alejandro Palacios Lopez. Por todo lo expuesto,... este tribunal lleva al convencimiento de que el fallecido señor: Pomerio Alejando Palacios Lopez es padre del actor Jose Abrahan Torres Calle".* Bajo la teoría de la casacionista, el tribunal de apelación no apreció la prueba científica de ADN, fundando la decisión solo en la prueba testimonial, criterio por demás alejado de la verdad; es precisamente a partir de la prueba biológica, que marca el linaje paterno del demandante con su tío, que la sala se ve abocada a la valoración del acervo probatorio en su conjunto, sino ¿De qué otra manera se podría haber resuelto el entuerto en análisis? ¿Con el rechazo sin más de la demanda? Por supuesto que no, no olvidemos que por el principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, el actor estaba facultado para encontrar su verdad bilógica por cualquiera de los medios de prueba que procesalmente se le ofrece, tanto más ante la imposibilidad del examen de ADN con los restos mortales del señor Pomerio Palacios, que como se anota en la sentencia impugnada, es un hecho no controvertido la imposibilidad de haberse efectuado porque a partir de la presentación de la demanda de declaratoria de paternidad, la propia demandada Carmen Palacios Palacios, hija del causante, realizó los trámites de exhumación del cadáver y su traslado a la Provincia del Azuay; y, hasta la fecha no se tiene conocimiento de su paradero. Dicha situación, desde el punto de vista doctrinario tiene la condición de indicio probatorio[11], que unido a otras pruebas fue ponderado por los jueces de segunda

[9] *Ibídem.*
[10] Artículo 1 de la Declaración Universal, sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.
[11] Audiencia Provincial de Lleida-España, EDJ 2018/31721 SAP LLEIDA DE 1 MARZO DE 2018, Obtenido en:https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?nref=7E207BE9&producto_inicial=A&anchor=#%2Fpresentar.do%3Fnref%3D7e-27be9%26producto%3DUNIVERSAL

instancia, para efectos de atribuir la paternidad reclamada y desde la esfera de la legalidad, el impedimento causado por la demandada para el examen de ADN, debía ser tomado como presunción[12] de la filiación, correspondiendo a la accionada desvirtuarla. Los juzgadores de la Corte Provincial de Morona Santiago, valoran la prueba conforme a las reglas sana critica, contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos: "*Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión"*. Método de valoración probatoria por medio del que formaron su convencimiento y que nada tiene que ver con el grado de certeza de la prueba de ADN practicada entre el demandante y el cadáver de quien presumía era su tío, la certeza no es un estándar ni mucho menos un precepto de valoración probatoria, al calor de los artículos 158 y 172 del Código Orgánico General de Procesos, la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento de los hechos al administrador de justicia y ante ciertas circunstancias precisas y concordantes que en su conjunto lo conduzcan a ese convencimiento de los hechos fácticos, puede resolver sobre la base de la presunción judicial. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un método de valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador. Puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapa al control de la casación su revisión; la vulneración de estas reglas es motivo de casación únicamente cuando se demuestre de manera evidente, que el Tribunal *ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba; nada de lo cual ha explicado ni demostrado la recurrente en la audiencia de fundamentación de recurso que ocurra en el caso. En ese contexto, no procede el cargo por el caso cuarto de casación, al no verificarse la infracción de los artículos 186 y 164 del Código Orgánica General de Procesos, tampoco la vulneración del artículo 13 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

15.- Sobre la acusación de falta de motivación. - El artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, reza que, entre las facultades esenciales de juezas y jueces, deben ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes por lo tanto deben: "*Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos*".

15.1.- En acato a esta disposición, la debida motivación es una obligación y al mismo tiempo un derecho fundamental, constituye un punto esencial del Estado Constitucional de derechos y justicia en el marco de lo social como pilar fundamental de la democracia; en todo sentido, coadyuva a garantizar la efectividad interconectada de otros derechos de los justiciables e incluso principios fundamentales que rigen la actividad jurisdiccional, para

[12] Artículo 32 del Código Civil.-Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.
Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.
Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias

controlar que la misma, no sea arbitraria ni abusiva del poder; o mejor dicho, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la debida motivación es un elemento esencial para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad, para suministrar las razones que tiene y otorgar credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática;[13] una sentencia "*debidamente motivada*", debe reunir: "…*requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…*".[14]

15.2.- Los requisitos de concreción, suficiencia y claridad, se refieren a lo sustancial de la causa, a la necesidad de abarcar los hechos y el derecho y que sea comprensible al auditorio social, es decir, que no sea obscura. Por su parte, los requisitos de coherencia y congruencia responden a los principios lógicos que guían el razonamiento correcto, siendo como lo son, requisitos transversales que afectan a los otros requisitos, así pues, la sustentación del *Ad-quem*, debe guiar a lo debidamente derivado o deducido, con la utilización de las máximas de la correcta utilización de la ley, la experiencia, la psicología y la fuerza del convencimiento, lo cual ha de llevar a lo adecuado de la sentencia; que a su vez, para que sea coherente debe ser congruente, es decir, que sus afirmaciones guarden una correlación armónica adecuada, inequívoca, que no dé lugar a dudas sobre las conclusiones a las que llega y no contradictoria, requiriendo que sus conclusiones sean concordantes, correspondientes a los elementos que le dotan del convencimiento, derivadas de aspectos verdaderos y suficientes para producir con efectividad la subsunción del derecho al hecho.

15.3.- La impugnante en casación, ha manifestado que la sentencia del tribunal de alzada, no dispone de las premisas jurídicas que la fundan. Revisado el fallo, en el Considerando Sexto, titulado: Consideraciones Finales, se exhibe las normas jurídicas que dan razón a la decisión: *"(..) Analizada las pretensiones del actor, y la prueba en su conjunto, la misma que corresponde valorarla conforme la sana crítica, según se previene en el artículo 164 del COGEP; ... El derecho a la identidad personal es un derecho humano fundamental, garantizad en la CRE en el artículo 66.28; y el artículo 255 del Còdigo Civil manda que la acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales, cyas acciones serán imprescriptibles. CRE, art. 66.28: Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Código Civil, art. 255: La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales. Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código. Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles. Por todo lo expuesto, y sustento en las disposiciones legales invocadas, este tribunal lleva al convencimiento de que el fallecido señor: Pomerio Alejando Palacios Lopez es padre del actor Jose Abrahan Torres Calle…"* esas son las normas que sujetan la decisión y bajo cuya previsión legal se han establecido los razonamientos del Tribunal, atendiendo a la naturaleza de la demanda, que persigue el restableciendo del derecho identidad personal del demandado mediante la declaración judicial de su filiación biológica. El fallo enervado, reúne los requisitos mínimos de motivación, por lo tanto, no existe mérito que dé lugar a la casación por falta de motivación ni por el vicio de incompatibilidad o contradicción en la parte dispositiva del fallo, parte alguna de la decisión se contrapone entre sí.

[13] Sentencia de 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 118
[14] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

Razón para decidir (Ratio decidendi)

16.- La filiación, paternidad y maternidad se establece: al concebir a una persona en el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o en una unión de hecho; o, con el reconocimiento voluntario del padre o madre, o ambos, al inexistir relación marital entre ellos; o, con declaración judicial. Atiende a la procedencia de hijos respecto a sus progenitores y a la relación entre ellos, por medio de derechos y deberes recíprocos; siendo el vínculo de la generación, que establece la posición ocupada por una individualidad en la familia como hijo. Cuando es por base biológica, como criterio legal establece frecuentes relaciones familiares donde el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Tal filiación puede ser marital y extra marital, iguales en efectos y derechos; diferenciándose por las formas de reconocimiento o determinación legal. La filiación es parte del derecho a la identidad personal, en lo que atañe a la verdad biológica y procedencia familiar, mira a la filiación no solo como creadora de relación jurídica parenteral sino como garantía de identidad biológica y de goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de su linaje familiar. El derecho de identidad personal, incluye la identidad genética y la identidad filiatoria; la primera busca la realidad biológica de la persona, su origen y, en consecuencia, su herencia genética, mientras que identidad filiatoria, mayormente está dada a partir de verdad biológica, pero en ciertas circunstancias se aparta de la identidad genética, (hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente). Se refiere a la identidad filiatoria, la relación parental dada por el reconocimiento jurídico del individuo por quienes aparecen como sus progenitores. En lo que respecta a la acción de declaración de paternidad judicial, importa la identidad genética del hijo con respecto a quien se presume es o fue su padre (declaración post morten), para el efecto resulta suficiente la prueba científica de ADN, dado el grado de fiabilidad que ofrece. Sin embargo, por el principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, es posible hacer uso del catálogo de pruebas que el hijo requiera para obtener la verdad material sobre su filiación, como supuesto del libre desarrollo de la personalidad y la singularidad del ser, en el derecho de identidad personal. Este principio surte sus efectos, cuando el legitimado pasivo o quien hace sus veces por la extinción del primero, se oponen a la realización de la prueba de ADN en su persona o mediante la exhumación de los restos mortales del presumible progenitor, oposición que da lugar a la presunción de paternidad o de filiación biológica. Aun, cuando subsista la imposibilidad del examen de ADN con el presunto progenitor o sus restos mortales, en el caso específico de la declaratoria de paternidad de un hijo hombre, es fiable el examen de ADN entre varones presumiblemente del mismo linaje, en razón del cromosoma "Y" idéntico que se heredan generacionalmente los hombres de un mismo tronco parental. La declaración judicial de paternidad, no requiere necesariamente del examen de ADN con el presunto padre o sus restos mortales, cuando exista la posibilidad de realizarla con el material genético de otro ascendiente, descendiente o colateral.

VI

RESOLUCIÓN

17.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de 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**, decide:

17.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la demandada Carmen Gerardina Palacios Palacios.

17.2.- Para los fines de ley, se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución. - **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL PONENTE (E); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dr. David Isaias Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E).

PRIMERA PUBLICACIÓN

ECUADOR

GACETA JUDICIAL

PUBLICACION SEMANAL

AÑO I . Quito, 28 de Mayo de 1895 Nº 1

SUMARIO

1 Prospecto.
2 El Ministerio de Justicia comunica a S. E. la Corte Suprema la fundación de la Gaceta y le pide su cooperación.—Respuesta.
3 Despacho diario de la Excma. Corte Suprema.
4 Sentencia de tercera instancia de S. E. la Corte Suprema en la causa que el Sr. Jacinto Fierro sigue contra el Sr. Vidal Enríquez Ante, para obligarle a que reciba el fundo "Papatena".

1

PROSPECTO

Creemos prestar un verdadero servicio al Foro ecuatoriano con la publicación de esta hoja.

En ella se darán a conocer los fallos expedidos por el Supremo Tribunal de Justicia de la República, fallos respetabilísimos, cuya autoridad no puede menos de influir de manera decisiva en la recta interpretación y aplicación de la ley.

Se darán también a conocer las opiniones que, sobre puntos importantes, expongan nuestros más distinguidos jurisconsultos, en los alegatos que presenten ante la Excma. Corte Suprema.

Por último, se publicará una crónica judicial, en la que se manifestará el despacho diario, así de la Corte Suprema, como de la Superior de Quito, y de los Juzados inferiores de este cantón.

El objeto de esta publicación es facilitar a los Tribunales y Juzgados inferiores de la República el conocimiento de las ejecutorias supremas, para que ellas les ilustren en la resolución de las arduas y trascendentales cuestiones que a cada paso se presentan en la práctica del foro, y dar a los profesores de Derecho abundante materia para importantes estudios, sobre todo, para el comparativo de la jurisprudencia práctica con la Legislación, único medio seguro para descubrir las imperfecciones de las leyes, y la manera de mejorarlas.

Ojalá que la Gaceta Judicial alcance el muy levantado fin que se propone, y contribuya al adelanto de la legislación y al progreso de los estudios jurídicos, absolutamente descuidados en nuestra Patria.

2

República del Ecuador.—Ministerio de Estado en el Despacho de Instrucción Pública.—Quito, Mayo 20 de 1895.

Sr. Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

El Art. 6º, Nº 13, de la Ley de Instrucción Pública me atribuye, por una parte, la facultad de "favorecer la publicación de obras científicas o literarias", y, a más de esto, el hecho de ser Ministro de Justicia me impone el deber de fomentar los sólidos estudios de jurisprudencia; y como para lograr este último objeto no hallo medio más oportuno que el de cooperar a la fundación de un periódico donde puedan registrarse así las decisiones del más alto Tribunal de la República —las cuales constituyen la fuente de nuestro derecho consuetudinario— como también los escritos y opiniones de los más eminentes de nuestros jurisconsultos, he dispuesto que en la oficina de

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial

ww w. cortenacional.com