Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXI

2016

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 1

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 los artículos 8 lit b), 25, 26 y 27 de la LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

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

Dra. Paulina Aguirre Suárez
Presidenta de la Corte Nacional de Justicia

Fecha de publicación
Septiembre de 2018

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

Gaceta Judicial

año 2016

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES DEL PLENO

R: 01-2016	La o el contraventor a quien se sorprende en situación de flagrancia una vez declarado culpable e impuesto pena privativa de libertad no recupera su libertad con la interposición del recurso de apelación.	13
R: 1A-2016	Se implementa el procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, se unifica la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.	54
R: 02-2016	En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional.	61
R: 03-2016	Homenaje póstumo al señor doctor Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.	70
R: 04-2016	Duda suscitada en relación con el contenido de la disposición general primera del código Orgánico Integral Penal una vez que ha entrado en vigencia el Código Orgánico General de Procesos.	72
R: 05-2016	Justificación del proyecto de resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia que permite declarar de oficio la caducidad de las acciones por despido ineficaz.	76
R: 06-2016	Aprobación de precedente jurisprudencial obligatorio garantías laborales a la mujer gestante.	80
R: 07-2016	Precedente jurisprudencial obligatorio gasto deducible para el cálculo del impuesto a la renta.	84
R: 08-2016	Jueces deben ordenar el pago de intereses en materia laboral.	90
R: 09-2016	Competencia para juzgar delitos de tránsito.	96
R: 10-2016	Nombramiento de curador ad-litem.	109

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 292-2016 J: 0082-2009	Juicio de impugnación de resolución del IESS que niega compensación de gastos médicos, propuesto por Tito Ismael Jaramillo Yagual, en contra del Director General del IESS y el Procurador General del Estado.	117
II. R: 431-2016 J: 486-2012	Juicio por impugnación del acto administrativo, propuesto por el Alcalde y el Procurador Síndico del GAD del cantón Pindal, en contra de Edgar Augusto Vélez Valarezo.	122
III. R: 771-2016 J: 0055-2007	Juicio de indemnización de daños y perjuicios (paraplejia por intervención policial en operativo de desalojo de predio invadido), propuesto por José Roberto Mendoza de la Cruz y Ángela Vélez Murillo, por sus derechos y por los que representan de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez, en contra del Comandante General de la Policía Nacional y Procurador General del Estado.	126
IV. R: 817-2016 J: 462-2012	Juicio por inadecuada administración de justicia, propuesto por José Daniel Déleg Guiñanzaca, en contra del Estado ecuatoriano.	144
V. R: 1014-2016 J: 446-2013	Juicio por impugnación de sanción administrativa, propuesto por Gustavo Estuardo Valencia Córdova y Juan Javier Fajardo Jiménez, en sus respectivas calidades de propietario, y Gerente General y representante legal del Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, en contra de Director Provincial de Salud del Azuay (Ministerio de Salud Pública) y del Procurador General del Estado.	152
VI. R: 1321-2016 J: 637-2015	Apelación respecto de demanda de repetición de pago, propuesto por el Ministerio de Salud Pública y la Procuraduría General del Estado en contra de Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros. (Médicos de los Hospitales "Dr. Gustavo Domínguez Z." y "Eugenio Espejo").	156

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 003-2016 J: 123-2013	Impugnación del acto administrativo expedido por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas dentro del reclamo administrativo presentado por el Gerente General de la Compañía SEWI S.A. en contra del acta de determinación por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas correspondiente al período fiscal 2010.	169
II. R: 006-2016 J: 457-2014	Impugnación del Acta de Determinación por Impuesto a los Consumos Especiales del año 2009, incoada por Fausto Gavilanes Freire, Gerente General de la Compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA., PROALCO en contra del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas.	174

III. R: 049-2016 J: 010-2012	Impugnación de la Resolución expedida por el Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo presentado por Jorge Aurelio González Núñez, representante legal de Acuicola y Piscicola Acuivásquez S.A. en contra de la Resolución Sancionatoria emitida por la misma autoridad y mediante la cual se le impone multa por presentar con errores el Anexo de Retenciones en la Fuente del Impuesto a la Renta y otros conceptos, correspondiente al período fiscal de noviembre de 2009.	186
IV. R: 61-2016 J: 411-2012	Impugnación de la Resolución Administrativa emitida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que declaró parcialmente con lugar el reclamo administrativo presentado por Mario Bolívar Juca Cabrera, Gerente y representante legal de la Compañía de Laminados Textiles, LAMITEX S.A., contra el Acta de Determinación por las obligaciones tributarias del Impuesto a la Renta del año 2005.	192
V. R: 233-2016 J: 143-2013	Impugnación de la Resolución expedida por el Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo propuesto por el contribuyente Óscar Fredi Flores Asitimbay respecto de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta por el Ejercicio Fiscal 2010.	211
VI. R: 337-2016 J: 7223-2007	Impugnación de la Resolución expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que niega el reclamo administrativo presentado por el representante de REYBANPAC, Rey Banano del Pacífico C.A., por devolución de Impuesto al Valor Agregado a proveedores de exportadores correspondiente al período junio de 2004.	221

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

I. R: 285-2016 J: 87-2015-SSI	Juicio penal por peculado, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Diego Fernando Mora Rivera.	229
II. R: 511-2016 J: 81-2015-JCC	Juicio penal por asesinato, seguido por el acusador particular Aníbal Ramiro Gordon Salcedo y la Fiscalía General del Estado contra Gerardo Arturo Ushiña Bolaños.	239
III. R: 529-2016 J: 176-2015-SSI	Juicio penal por estupro, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Diego Fernando Mora Rivera.	250
IV. R: 675-2016 J: 1870-2014-VR	Juicio penal por atentado al pudor, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Charles Wilson Cango Cajamarca.	260
V. R: 1035-2016 J: 715-2015-SF	Juicio penal por incitación a la rebelión en la fuerza pública, seguido por la Fiscalía General del Estado, contra Jorge Naun Cordonez Chazo y otros.	291
VI. R: 1101-2016 J: 285-2015-NMA	Juicio penal por atentado al pudor, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Edwin Damián Rodríguez Figueroa.	314

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VII. R: 1775-2016 J: 678-2016	Juicio penal por lesiones propuesto por la Fiscalía General del Estado y la acusadora particular Bertha de Lourdes Pozo Toro contra María José Quiñónez Cortez.	335
VIII. R: 1959-2016 J: 1443-2015	Juicio penal por asesinato, seguido por la acusadora particular Fanny Alcívar Cevallos y la Fiscalía General del Estado contra Emerson Alejandro Villacrés Gavilanes.	341
IX. R: 2296-2016 J: 1395-2015	Juicio penal por violación, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Juan Carlos Cuaritongo Valle.	357
X. R: 2404-2016 J: 1519-2015	Juicio penal por falso testimonio, seguido por el acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz y la Fiscalía General del Estado contra Diego Fernando Jaramillo Borja.	367
XI. R: 2446-2016 J: 964-2015	Juicio penal por abuso de confianza, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Lema Naula María Elena.	379

SALA DE LO LABORAL

I. R: 389-2015 J: 102-2016	Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por: Luis Alberto Barrera Martinez, en contra de: "Dirección Distrital de Salud Nro. 14 D01, de Morona Santiago".	389
II. R: 0198-2016 J: 1162-2014	Juicio laboral de impugnación de resolución de Visto Bueno y Despido Intempestivo, propuesto por: Gaston Fortunato Sarango Rodriguez, en contra de: "Colegio San Gabriel de Quito".	394
III. R: 260-2016 J: 1073-2013	Juicio laboral por Despido Intempestivo, propuesto por: Karina Verónica Chávez Garcés, en contra de: "Fundación FUNDAEM COPEI".	402
IV. R: 345-2016 J: 186-2012	Juicio laboral por pago de beneficios de jubilación patronal, propuesto por: Guillermo Arturo Bernal Fajardo, en contra de: Fabián Carrasco Castro, representante legal de la Universidad de Cuenca.	414
V. R: 350-2016 J: 1747-2014	Juicio laboral por pago de rubros laborales pendientes, propuesto por: Grey Diocelina Farias Basurto, en contra de: "Empresa Confecciones Gazzella".	420
VI. R: 368-2016 J: 228-2016	Juicio laboral por jubilación patronal, propuesto por: José Nolberto Llumitasig, en contra de: "Cuerpo de Ingenieros del Ejército".	429
VII. R: 0612-2016 J: 2030-2015	Juicio laboral de impugnación del Acta de Finiquito y Pago de Pensiones Jubilares, propuesto por: Tito Alonso Haro Haro, en contra de: "Empresa de Transmisión Eléctrica TRANSELECTRIC S.A. Ministerio de Electricidad y Energía y Otros".	434
VIII. R: 625-2016 J: 569-2014	Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por: Pedro Jesús Rivera Silva, en contra de: "Ingenio Isabel Marpua propiedad de la Empresa La Familiar S.A.".	443

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IX. R: 690-2016 J: 908-2013	Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por: Manuel Cruz Atariguana Angamarca, en contra de: "Gobierno descentralizado del Cantòn San Juan Bosco".	452

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. R: 123-2016 J: 739-2015	Juicio ordinario por reivindicación propuesto por la señora Martha Florencia Sucuzhañay Yascaribay contra María Dolores Guamán Chimbay.	465
II. R: 125-2016 J: 684-2015	Juicio por cobro de tarjeta de crédito propuesto por PACIFICARD S.A., contra Jorge Enrique Zurita Mora.	472
III. R: 131-2016 J: 538-2015	Juicio por terminación de contrato de Asociación en cuentas de participación propuesto por Construcciones Pérez Valencia S.A., a través de Lucio Ramiro Pérez Yánez en su calidad de Gerente General y representante legal, contra Transportes de Materiales de Construcción TRANSMACOSA CÍA. LTDA., en la persona de Héctor Manuel Freire Vasco, Gerente y representante legal.	478
IV. R: 170-2016 J: 666-2015	Juicio ordinario por reivindicación, propuesto por Blanca Alejandrina Sánchez Torres, contra Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel.	487
V. R: 247-2016 J: 870-2015	Juicio por indemnización por daños y perjuicios causados por daños ambientales propuesto por Katerine Endara Romero, Carlos Ladin Paredes e Iván Muela Racines contra la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, en la persona de su Gerente General, Ing. Juan Antonio Neira Carrasco.	496

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. R: 096-2016 J: 303-2015	Juicio de declaración de paternidad propuesto por Mayra Alexandra Atancuri Siavichay, en contra de Luis Gustavo Quito Mendieta.	507
II. R: 114-2016 J: 0236-2015	Juicio por exclusión de bienes, propuesto por Lucía Humberta Niola Veliz, en contra de Domitila Isabel Mora Narváez y José Genaro Niola Reinoso.	512
III. R: 199-2016 J: 0028-2015	Juicio por impugnación de paternidad, propuesto por Manuel Jesús Ángel Ulloa Ulloa, en contra de Rosa Elvira Ríos Palomeque.	523
IV. R: 297-2016 J: 142-2016	Juicio por impugnación de paternidad, propuesto por Segundo Eduardo Paca Chauca, en contra de Martha Mercedes Paca Villa.	539

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2016

RESOLUCIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

LA O EL CONTRAVENTOR A QUIEN SE SORPRENDE EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA UNA VEZ DECLARADO CULPABLE E IMPUESTO PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD NO RECUPERA SU LIBERTAD CON LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN No. 01-2016
Primer Suplemento del Registro Oficial No. 739, de 22 de abril de 2016

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- ANTECEDENTES

1.1. De conformidad con los artículos 126[1], 129.8[2] y 208.7[3] del Código Orgánico de la Función Judicial, se han presentado a la Corte Nacional de Justicia ocho consultas relacionadas con el juzgamiento de contravenciones, concretamente sobre el efecto de la interposición del recurso de apelación por parte de las personas condenadas a pena privativa de libertad.

1.2. Las consultas fueron llevadas a conocimiento del Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador mediante los oficios:

a) Sin número, de fecha 29 de enero de 2015, suscrito por la doctora Lady Ávila Freire, Jueza de la Sala Única Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que expone:

> "1. Las contravenciones penales contempladas en los Arts. 393, 394, 395 y 396 del COIP; y, las contravenciones de tránsito tipificadas en los Arts. 383, 384, 385 y 386, del mismo cuerpo legal, son sancionadas con pena privativa de libertad.
>
> 2. De conformidad con los Arts. 653, 644 y 76.7.m de la Constitución de la República del Ecuador, las sentencias dictadas en estas infracciones son susceptibles de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia.
>
> 3. Cuando el contraventor es sorprendido en hecho flagrante, es detenido y sometido dentro de 24 horas a la Audiencia de juzgamiento en la que primeramente se confirma su detención.

[1] **"Art. 126.- REMISION DE INFORMES.-** Las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, con expresión de las razones en que se funden. [...]"

[2] "**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: [...] 8. Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen".

[3] **"Art. 208.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LAS CORTES PROVINCIALES.-** A las salas de las cortes provinciales les corresponde: [...]
7. Recibir las dudas de las juezas y jueces de su distrito sobre la inteligencia de la ley y enviarlas a la Corte Nacional de Justicia con el informe correspondiente; [...]"

4. Cuando la sentencia es condenatoria el sentenciado continúa detenido hasta cumplir la pena de privación de libertad impuesta.

5.Pero, cuando el sentenciado interpone recurso de apelación, se está generando una situación muy grave; ya que, de manera inconstitucional e ilegal sigue privado de su libertad, cumpliendo la pena impuesta; pese a que, el momento que la sentencia es apelada, obviamente ésta no se ejecutoría es decir no está en firme, y por lo mismo, las sanciones, entre ellas la pena de privación de libertad no pueden ejecutarse; sin embargo el infractor sigue cumpliendo la pena y es muy común que, la apelación sea resuelta cuando ya ha cumplido tal sanción."

b) Sin número, de fecha 02 de julio de 2015, suscrito por la abogada Ximena Alvarado Jarrín, Jueza de la Unidad Judicial de lo Penal "B" de Cuenca, que expone:

"1.- Las contravenciones muy graves de tránsito en las cuales se dictan penas privativas de libertad pueden ser apeladas conforme lo dispone el Art. 644 del Código Orgánico Integral Penal, esto ha generado que algunos profesionales del derecho pese a la aceptación expresa del cometimiento de la infracción por parte del infractor o sin aportar ningún tipo de pruebas a su favor, interponen recurso de apelación para que sus clientes salgan libres y como dan direcciones inexistentes están generando la impunidad en este tipo de contravenciones."

c) No. 0097-CPJC_P, de fecha 05 de mayo de 2015, suscrito por el doctor Hugo Cárdenas Delgado, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, recibido el 07 de mayo de 2015, que expone:

"**La inquietud jurídica, que pongo en su conocimiento y que necesitamos sea resuelta es de si se debe o no poner en libertad al contraventor en tránsito, cuando éste haya propuesto recurso de apelación,** inquietud que originado criterios diversos en este Distrito y como lo dejo expuesto anteriormente el emitido por la Unidad Penal y de Tránsito, así como el de la Sala Única Multicompetente que con sus respectivos tribunales que se pueden conformar en ella, tiene el criterio jurídico que al resolver la apelación que se haya interpuesto a la resolución dictada por los respectivos Jueces de Instancia en juicios contravencionales de tránsito, se manifieste en la providencia en que se atiende el recurso de apelación interpuesto, que se deja en inmediata libertad a la o el contraventor, toda vez que de conformidad al Art.- 624 del COIP, *"la pena se cumplirá una vez que este ejecutoriada la sentencia"* y si se ha interpuesto este recurso de impugnación a la resolución, en el término legal, estaríamos hablando que no se encuentra ejecutoriada aún la sentencia dictada por el inferior.

Ante lo anotado anteriormente, se hace necesario recordar que en contravenciones no hay prisión preventiva ni medidas cautelares, una persona contraventora no puede estar detenida por más de veinte y cuatro horas sin fórmula de juicio.

En el Código Orgánico Integral Penal, en el Libro Segundo, Título IX, habla de Impugnación y Recursos y, en el Art.- 653, se expresa que: *"Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:...4. De las sentencias".*

Constituyéndose el recurso de apelación en un recurso de impugnación vertical, corresponde a un superior realizar un examen integral de la resolución recurrida, pero que sucede, en tratándose de infracciones penales como las contravenciones y particularmente en las de tránsito, respecto de la situación del recurrente,(que se entiende está preso por tratarse comúnmente de infracciones flagrantes), **se dispondría la libertad de aquel, en el momento en que el imputado, en forma escrita interpusiere recurso de apelación?.**"

d) No, 0089-P-CPJC-2015, de fecha 29 de julio de 2015, suscrito por el doctor José Luis Segovia Dueñas, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, que expone :

"¿Debe concederse el recurso de apelación en contravenciones flagrantes de tránsito, con efecto devolutivo o suspensivo?"

e) No. 336-2015-UJTT, de fecha 20 de julio de 2015, suscrito por el doctor Luis Gustavo Enríquez, Juez de la Unidad Judicial de Tránsito del Carchi, el que expone:

> "1.- Las contravenciones de tránsito que son sancionadas con penas privativas de libertad son susceptibles de recurso de apelación, conforme lo dispone el artículo 644 inciso quinto del Código Orgánico Integral Penal, que literalmente dispone: "La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, será de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial, únicamente si la pena es privativa de libertad". El texto legal no refiere si el Juez debe o no conceder la libertad a los contraventores que presentan recurso de apelación mientras se tramite el proceso contravencional en la Corte Provincial; sin embargo los señores jueces de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi son del criterio que los justiciables deben recuperar su libertad inmediatamente, por cuanto la sentencia no se encuentra ejecutoriada y la detención se torna ilegal y arbitraria, amparados en lo dispuesto en el artículo 624 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal que textualmente dispone: "La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia". No compartimos este criterio, sin embargo lo hemos respetado; esto implica que los sentenciados por contravenciones de tránsito que apelan, recuperan su libertad, lo cual a la postre genera impunidad en razón que una vez que la causa es resuelta en segunda instancia, y ejecutoriada la misma, no se presentan voluntariamente a cumplir la pena, tampoco la policía nacional es efectiva en la captura de los mismos, únicamente un diez por ciento han sido aprehendidos a efecto de cumplir la pena impuesta por el juzgador; es necesario que el Consejo de la Judicatura emita una resolución al respecto, tomando en cuenta que solo en la provincia del Carchi se procede de esta forma."

f) No. DP047-UJTC-2015, de fecha 20 de julio de 2015, suscrito por el doctor Wilson Edmundo Obando Castro, Juez de la Unidad Judicial de Tránsito del cantón Tulcán, provincia del Carchi, que expone:

> "De otra parte debo informar a usted que en cuanto a las contravenciones flagrantes de tránsito con penas privativas de la libertad, en la mayoría de casos los contraventores hacen uso del recurso de apelación para recuperar su libertad, y posteriormente cuando las sentencias son confirmadas eluden el cumplimiento de la pena hasta que se dicte la prescripción, con lo cual las sanciones dictadas por los jueces quedan en la impunidad; hecho del cual en su momento se pidió se realice las consultas pertinentes."

g) No. 0164-2015-PCPJCH, de fecha 25 de junio de 2015, suscrito por el doctor Enrique Donoso Basante, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que expone:

> "**3. ¿En caso de interponer recurso de apelación a una sentencia condenatoria en una contravención de tránsito por conducir en estado de embriaguez, el Juez debe poner en libertad al recurrente, al amparo de lo que establece el primer inciso del Art. 624 del Código Orgánico Integral Penal?**
>
> Plantean los consultantes que disponiendo el Art. 624 del COIP, respecto a la oportunidad para ejecutar la pena, esta se debe cumplir una vez que esté ejecutoriada la sentencia y que al solicitar la libertad, una vez presentado el recurso, se aduce que al interrumpir la ejecutoria de la sentencia, no puede mantenerse la privación de la libertad al no poder cumplir pena alguna.
>
> Sostienen en su análisis que, para garantizar la seguridad jurídica, entendiéndose como tal en definitiva, la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, en el caso de que se presente un recurso de apelación luego de emitida una sentencia de condena en el caso de contravenciones de tránsito, se debe poner el libertad al procesado y solamente cuando la sentencia esté debidamente ejecutoriada, el Estado debe, en uso de sus atribuciones coercitivas, privar de la libertad a quien se haya hecho merecedor de una pena privativa de libertad, tal como se viene actuando en varias provincias del país."

h) No. 0329-UJPR-FO, de fecha 22 de junio de 2015, suscrito por la doctora Mónica Treviño y el doctor Franklin Ocaña Vallejo, Jueza y Juez de Garantías Penales de la Unidad Judicial de lo Penal de Chimborazo con sede en Riobamba, que expone:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

"CONSULTA 3:

¿En caso de interponer recurso de apelación, a una sentencia condenatoria, en una contravención de tránsito por conducir en estado de embriaguez, el Juez debe poner en libertad a recurrente, al amparo de lo que establece el primer inciso del Art. 624 del Código Orgánico Integral Penal?

ANTECEDENTES:

En las contravenciones por conducir un vehículo en estado de embriaguez, que siendo aprehendido en contravención flagrante, luego de la audiencia de juzgamiento y una vez que se emite sentencia condenatoria; el sentenciado ejerciendo el derecho a recurrir de toda decisión judicial, presenta recurso de apelación; y, en base a lo que dispone el primer inciso del Art. 624 del COIP, que dice: "Oportunidad para ejecutar la pena.- La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia."; solicita la libertad, aduciendo que al interrumpir la ejecutoria de la sentencia, no puede estar privado de la libertad y por ende no puede cumplir pena alguna .

FUNDAMENTO JURÍDICO:

a) El Art. 77 de la Constitución determina que en todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:
1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. (...) 12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley. (...)

b) El Art. 82 de la Constitución de la República determina que el derecho a la seguridad jurídica, se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

c) El Art. 624, del Código Orgánico Integral Penal, dice: "Oportunidad para ejecutar la pena.- La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia."

ANÁLISIS DE LOS CONSULTANTES:

Es criterio de los consultantes, que con el objeto de garantizar la seguridad jurídica, como lo establece la Corte Constitucional "la seguridad jurídica 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. A criterio de esta Corte, la seguridad jurídica es una garantía de certeza de que los derechos serán respetados; o una situación jurídica no será cambiada sino por procedimientos establecidos previamente, es decir, la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley." (Resolución de la Corte Constitucional 223, Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de Agosto del 2012.); consideramos que en el caso de presentarse un recurso de apelación, luego de emitir una sentencia condenatoria, en caso de contravenciones de tránsito, se debe poner en libertad al procesado y solamente cuando la sentencia esté debidamente ejecutoriada, el Estado ejercerá todas sus atribuciones legales y constitucionales, para privar de la libertad a quien obtenga una pena privativa de libertad; tal como se viene actuando en varias provincia del Ecuador."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.3. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador está facultada para "Expedir resoluciones en casos 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". (Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial).

2.- DETERMINACIÓN DE LA DUDA, DELIMITACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Las contravenciones pueden ser materia de juzgamiento en tres situaciones:

i) Cuando la persona infractora es sorprendida en situación de flagrancia; y, los hechos ameritan su privación de libertad;

ii) Cuando la persona contraventora no es sorprendida en situación de flagrancia; y,

iii) Siendo sorprendida en situación de flagrancia, los hechos no conllevan a la privación de libertad.

De tales situaciones procesales y personales se ocupa este trabajo en el acápite 3.6. Por el momento, a efecto de determinar la duda, en consecuencia al alcance de la respuesta -y por tanto de la resolución-, se concreta la materia de la interrogante estrictamente al caso i., esto porque las situaciones recogidas en el apartado ii. y en el iii, no se enmarcan en lo consultado.

2.2. De la lectura de las consultas puestas en conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, la circunstancia de duda se puede plantear como pregunta, de la siguiente manera:

> ¿Si una persona contraventora de tránsito *cuyo procesamiento se inició en situación calificada de flagrancia, con privación de libertad, es condenada a pena privativa de libertad y propone recurso de apelación en contra de la sentencia que le condena, debe disponerse su libertad hasta que se resuelva el medio de impugnación interpuesto?*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Esto con relación al Código Orgánico Integral Penal, en los artículos:

> "**Art. 624.- Oportunidad para ejecutar la pena.-** La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia.
>
> En los casos de personas adultas mayores, las penas privativas de libertad se cumplirán en establecimientos especialmente adaptados para su condición.
>
> Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia, sino noventa días después del parto. Durante este periodo, la o el juzgador ordenará que se le imponga o que continúe el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónico para garantizar el cumplimiento de la pena."
>
> "**Art. 644.- Inicio del procedimiento.-** Son susceptibles de procedimiento expedito todas las contravenciones de tránsito, flagrantes o no.
>
> La persona citada podrá impugnar la boleta de tránsito, dentro del término de tres días contados a partir de la citación, para lo cual el impugnante presentará la copia de la boleta de citación ante la o el juzgador de contravenciones de tránsito, quien juzgará sumariamente en una sola audiencia convocada para el efecto en donde se le dará a la o al infractor el legítimo derecho a la defensa.
>
> Las boletas de citación que no sean impugnadas dentro del término de tres días se entenderán aceptadas voluntariamente y el valor de las multas será cancelada en las oficinas de recaudaciones de los GAD

regionales, municipales y metropolitanos de la circunscripción territorial, de los organismos de tránsito o en cualquiera de las instituciones financieras autorizadas para tales cobros, dentro del plazo de diez días siguientes a la emisión de la boleta.

La boleta de citación constituirá título de crédito para dichos cobros, no necesitando para el efecto sentencia judicial.

La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, será de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial, únicamente si la pena es privativa de libertad.

La aceptación voluntaria del cometimiento de la infracción no le eximirá de la pérdida de los puntos de la licencia de conducir."

"**Art. 652.- Reglas generales.-** La impugnación se regirá por las siguientes reglas:

[...]

6. La interposición de un recurso suspenderá la ejecutoria de la decisión, con las salvedades previstas en este Código.

[...]"

2.3. Es necesario tomar en cuenta que las normas que prevé el procedimiento expedito de contravenciones y las eventuales impugnaciones, no sólo rigen a las contravenciones de tránsito, sino también a las contravenciones penales o de policía[4] y a la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, procedimiento expedito regulado en el Libro Segundo (Procedimiento), Título VIII (Procedimientos especiales), Capítulo Único (Clases de procedimientos), Sección Tercera (Procedimiento expedito), del Código Orgánico Integral Penal.

Por tanto, el objeto de análisis no se debe restringir únicamente a las contravenciones flagrantes cometidas en materia de tránsito, sino a todas las tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal y que son sancionadas con pena privativa de libertad.

2.4. Tomando en cuenta lo anotado, el problema de duda en la ley, a ser resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se puede plantear en la pregunta:

> *¿Si una persona es condenada a pena privativa de libertad por contravención, sea penal, contra la mujer o miembros del núcleo familiar o de tránsito terrestre, cuyo procesamiento se inició con privación de libertad en situación de flagrancia, e interpone recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, debe concederse su libertad mientras se tramita el medio de impugnación interpuesto?*

2.5. Por la importancia jurídica del problema planteado, se considera que el mismo debe ser puesto en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su resolución, como lo consigna el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 199.4 y 180.6.

[4] La doctora Lady Ávila Freira, consulta respecto de contravenciones de policía y de tránsito terrestre.

3. REFLEXIONES DEL PLENO SOBRE EL PROBLEMA PLANTEADO

3.1. Consideraciones previas

3.1.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos, a la vida, la libertad, la salud, la igualdad formal y material, a la integridad, a la seguridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, a la propiedad, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

3.1.2. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional:

> **i.** Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]"[5].
>
> **ii.**"...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...]Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc"[6].
>
> "[..] El debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, constituye un derecho de protección elemental, siendo el conjunto de derechos y garantías, así como las condiciones de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso exento de arbitrariedades. [...]"[7]
>
> **iii.** La seguridad jurídica es "[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]"[8].

---

[5] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[6] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[7] Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 002-14-SEP-CC, caso No. 0121-11-EP.
[8] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia 001-13-SEP-CC, caso 1647-11-EP, de fecha 6 de febrero de 2013, considera al debido proceso:

> "[...] 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. Como parte de las garantías de este derecho se incluye el derecho a la defensa, el mismo que permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea demostrando su inocencia o contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria. 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.
>
> La Corte Constitucional sostiene que: *"De esta manera el debido proceso se constituye en el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar".* Por lo expuesto, los jueces como garantes del cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de este derecho."

3.1.3. La Corte Constitucional del Ecuador, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, acerca del derecho a la seguridad jurídica, ha razonado:

> "Completando el marco de los derechos constitucionales de protección se encuentra el derecho a la seguridad jurídica, mismo que se configura como un valor jurídico implícito y explícito en nuestro ordenamiento constitucional y legal vigente, en virtud del cual el Estado provee a los individuos del conocimiento previo de las conductas que son permitidas y dentro de cuyo marco las personas pueden actuar.
>
> Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha determinado:
>
> Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno"[9].

3.1.4. Expresión del derecho a la seguridad jurídica es la legalidad. Sobre el principio de legalidad la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia No. 031-10-SEP-CC, caso No. 0649-09-EP, dijo:

> "La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que "[...] solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 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".

3.1.5. Para que una resolución sea motivada "[...] se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión [...]"[10]. Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión [...]"[11].

[9] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.
[10] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.
[11] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

Para la Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, una decisión está motivada cuando es razonable, lógica y comprensible:

> "De manera complementaria, con respecto al mismo asunto, mediante sentencia número 227-12-SEP-CC, caso 0227-12-EP, la Corte Constitucional manifestó 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 ésta 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 [...]"[12].

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 041-13-SEP-CC. Caso No. 0470-12-EP, respecto a este principio, dijo:

> "Dicha garantía, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, no solamente se limita a la observancia de una serie de etapas sucesivas, sujetas a determinadas formas, conforme a las normas infraconstitucionales establecidas para permitir al juzgador adoptar una decisión, sino que comporta además y principalmente, que se utilice el procedimiento que se ajuste de manera más idónea a lograr el objetivo final: la realización de la justicia. Es así que para distintas situaciones se establecen procedimientos diferentes, los que están supeditados a los principios sustanciales que protegen y no al contrario."

3.1.6. Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual[13], vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos[14].

3.2. Sobre la competencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador para expedir resoluciones con fuerza de generales y obligatorias

3.2.1. El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y los Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El 20 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura notificó a las Juezas y Jueces Nacionales que dejaron de integrar la Corte Nacional de Justicia en el proceso de renovación por tercios, de acuerdo a los artículos 182 de la Constitución de la República; y, 173 y 176 del Código Orgánico de la Función Judicial. El 26 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura posesionó a las siete Juezas y Jueces Nacionales que reemplazaron a quienes por mandato constitucional dejaron de pertenecer a la Corte Nacional de Justicia.

3.2.2. El Diccionario de la Real Academia Española[15], define a duda como "Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia" o "Cuestión que se propone para ventilarla o resolverla"; y a oscuridad como "Falta de claridad en lo escrito o hablado".

---

[12] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.
[13] "...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia..."
[14] Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009.
[15] http://dle.rae.es/ visitado el 15 de febrero de 2016.

3.2.3. Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, le corresponde determinar la adecuada aplicación de la ley consultada aclarando las circunstancias de duda, puestas a su conocimiento, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que 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 [...]".

3.2.4. De conformidad con el artículo 199.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, puso en conocimiento del Pleno las consultas objeto de la presente resolución, sobre la inteligencia y aplicación de normas, motivadas por duda de la norma, así como el informe y el proyecto preparado por los Jueces Nacionales, Vicente Tiberio Robalino Villafuerte y Jorge Maximiliano Blum Carcelén.

3.2.5. Sobre la facultad de las juezas y jueces ordinarios, y del máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador, la Corte Constitucional, ha establecido:

> "[...] Al respecto, esta Corte Constitucional mediante la sentencia Nº 202-14-SEP-CC dictada dentro del caso N.º 950-13-EP señaló que: "...no es competencia de la justicia constitucional el pronunciarse respecto a la debida o indebida aplicación e interpretación de disposiciones normativas de naturaleza infraconstitucional, toda vez que para el efecto el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de los intérpretes normativos correspondientes-justicia ordinaria [...]"[16].

3.3. La materia de consulta

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, considera que los temas que deben tomarse en cuenta, para la resolución de la pregunta planteada, versan sobre:

a. La naturaleza jurídica de las contravenciones.
b. La naturaleza de la aprehensión como medida cautelar, sus efectos, y la diferencia con otras medidas cautelares.
c. La infracción contravencional que se procesa en situación de flagrancia y la que se procesa en situación de descubrimiento posterior, o en situación de flagrancia que no conlleva a la privación de libertad.
d. El procedimiento en caso de contravenciones en situación de flagrancia que conllevan privación de libertad.
e. Las reglas generales de la sentencia condenatoria.
f. El derecho a impugnar al tratarse de sentencias condenatorias por contravenciones.
g. La sentencia condenatoria dictada contra mujer embarazada, y contra persona adulta mayor, que han cometido contravención sancionada con pena privativa de libertad.
h. El efecto suspensivo y el efecto devolutivo de los recursos interpuestos y aceptados a trámite.
i. La prescripción de la acción y de la pena al tratarse de contravenciones.

3.4. La naturaleza jurídica de las contravenciones

El derecho penal contravencional se ha ocupado del tema, principalmente desde dos perspectivas, la ontológica y la material, partiendo de distinguir al delito de la contravención.

[16] Corte Constitucional, Sentencia N. 26-16-SEP-CC dictada en el caso N. 0920-12-EP.

El Código Orgánico Integral Penal, fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; y, en su totalidad, rige desde el 10 de agosto de 2014, define:

> "**Art. 18.- Infracción penal.-** Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código."

Toda infracción penal implica una lesión, una vulneración efectiva al derecho de un tercero o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley.

El Código ibídem distingue dos clases de infracciones:

> "**Art. 19.- Clasificación de las infracciones.-** Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones."[17]

Múltiples son los criterios que ha adoptado la doctrina para diferenciarlas, siendo estos principalmente: la naturaleza de la norma que regula el hecho de que se trata, el procedimiento para la investigación y represión, la competencia para el juzgamiento, la trascendencia social de la conducta reprochable, y la condena. Todo ello ligado al momento histórico en que se desenvuelve la sociedad y que da como resultado que el Estado catalogue a tales o cuales acciones como más o menos relevantes penalmente, en relación con su injerencia en la seguridad ciudadana y en los niveles de peligrosidad del actor conforme al caso en concreto, denominándose a las menos graves "contravenciones", y por ende las penas a ser impuestas por el cometimiento de esta infracción, son menos severas que las asignadas a delitos, intentando evitar en algunos casos menores, las penas privativas de libertad en aplicación de otras, como las multas, e incluso, bajo determinados requisitos, se promueve llegar a acuerdo entre la víctima y el procesado con el fin de solucionar el conflicto.

En el derecho procesal penal, resulta determinante la diferenciación entre delitos y contravenciones, la atribución de la competencia material para el enjuiciamiento de las diferentes infracciones recae sobre determinados órganos jurisdiccionales, para los delitos son los las juezas, jueces y tribunales de garantías penales (Arts. 221 y 225 del Código Orgánico Integral Penal), para las contravenciones penales, contra la mujer o miembros del núcleo familiar y las de tránsito, son juezas y jueces de contravenciones o juezas o jueces de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar (Arts. 231 y 232 del Código Orgánico Integral Penal); de igual forma cuando se habla de contravenciones, se han establecido límites a algunas figuras, actos y medidas procesales, todo ello como parte de lo que doctrinariamente se conoce como derecho penal contravencional, y que a todas luces resulta ser especial, más ágil en su procedimiento al prever etapas en número y duración menores respecto del diseño para perseguir delitos, **pero siempre sometido a todas y cada una de las garantías del derecho constitucional y a los tratados que sobre derechos humanos ha suscrito el Ecuador**[18], entonces, aquellos límites determinados por el legislador al momento de estructurar el procedimiento penal de contravenciones no pueden eludir los preceptos determinados en la Constitución de la República, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva, ni los derechos y garantías que les asisten a los sujetos procesales en igualdad de condiciones, tampoco las reglas que contiene el Código Orgánico Integral Penal.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 0006-2006-DI, al respecto distinguió a las infracciones penales por la gravedad de la lesión, dijo:

---

[17] Incisos segundo y tercero del artículo 19 inicial, fueron derogados por el artículo 1 de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 598, de 30 de Septiembre del 2015.

[18] Zaffaroni, Eugenio Raul, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2002, pg. 180.

> "La materia contravencional, a no dudarlo, busca preservar la convivencia social a través de la sanción de aquellos actos ilícitos que no reflejan la gravedad de conductas delictivas y, por el hecho de considerarlas más leves, su juzgamiento reviste agilidad ya que se prevén procesos más cortos que los determinados para el juzgamiento de conductas delictivas...Los artículos 169 y 76 numeral 7 de la Constitución Política vigente y, con similar texto al del artículo 192 de la Constitución de 1998, estatuyen: '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 solemnidades'. Por cuanto el juzgamiento de las contravenciones se encuentra estatuido en el Código de Procedimiento Penal, es tanto más necesario y pertinente que el juzgamiento de estos ilícitos de menor gravedad que los delitos también se sujeten a la previsión constitucional relativa al respecto del debido proceso."

El Código Orgánico Integral Penal, diseña al procedimiento especial denominado expedito, para la persecución, juzgamiento y punición de las contravenciones penales, la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar y las contravenciones de tránsito.

Uno de los componentes del derecho al debido proceso es el principio de legalidad, sobre éste el artículo 76.3 de la Constitución de la República reza:

> "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."[19]

Encontramos entonces que el principio de legalidad, hace relación, entre otros aspectos, a la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto y un juez competente claramente prestablecidos, esto como pilares en los que se sustenta la seguridad jurídica.[20]

Así, la constitucionalidad del trámite expedito está asegurada como "especial".

El procedimiento expedito de contravenciones está regulado en la Sección Tercera del Capítulo Único (clases de procedimientos), Título VIII (Procedimientos especiales), Libro Segundo del Código Orgánico Integral Penal. Su regla general establece:

> "**Art. 641.- Procedimiento expedito.-** Las contravenciones penales y de tránsito serán susceptibles de procedimiento expedito. El procedimiento se desarrollará en una sola audiencia ante la o el juzgador competente la cual se regirá por las reglas generales previstas en este Código. En la audiencia, la víctima y el denunciado si corresponde podrán llegar a una conciliación, salvo el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. El acuerdo se pondrá en conocimiento de la o el juzgador para que ponga fin al proceso."

---

[19] Al desarrollar el precepto constitucional, el COIP, en su artículo 5 numeral 1, expone: "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: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla."

[20] Art. 82 de la Constitución de la República: "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."

Es importante tomar en cuenta que la disposición no dice que el contenido del procedimiento expedito es exclusivo y no admite otras reglas, al contrario, lo que dispones es que "se regirá por las reglas generales previstas en este Código".

El procedimiento expedito prevé reglas específicas según la clase de contravención; en función de esto, se puede realizar la siguiente clasificación de las contravenciones en el Código Orgánico Integral Penal:

a) Contravenciones penales, comunes o de policía, comprendidas por aquellas que no son de tránsito ni contra la mujer o miembros del núcleo familiar, son:

- Contravenciones contra el derecho de propiedad, sancionadas con pena privativa de libertad:

  - Contravención de hurto (Art. 209[21])
  - Contravención de abigeato (Art. 210[22])

- Contravención contra el derecho al trabajo (Art. 244[23]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Contravención de maltrato y muerte de mascotas o animales de compañía (Art. 249[24]), se pune con pena privativa de libertad cuando se produce la muerte de la mascota o el animal de compañía.

- Contravención contra la tutela judicial efectiva, tipificada como omisión de denuncia (Art. 277[25]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Contravenciones contra la eficiencia de la administración pública, sancionadas con pena privativa de libertad:

  - Negativa a prestar auxilio solicitado por autoridad civil (Art. 295[26])
  - Usurpación de uniformes e insignias (Art. 296[27])

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[21] **"Art. 209.- Contravención de hurto**.- En caso de que lo hurtado no supere el cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días. Para la determinación de la infracción se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento."

[22] **"Art. 210.- Contravención de abigeato.**- En caso de que lo sustraído no supere un salario básico unificado del trabajador en general, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.
Para la determinación de la infracción se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento."

[23] **"Art. 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.**- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.
Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada."

[24] **"Art. 249.- Maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía.**- La persona que por acción u omisión cause daño, produzca lesiones, deterioro a la integridad física de una mascota o animal de compañía, será sancionada con pena de cincuenta a cien horas de servicio comunitario. Si se causa la muerte del animal será sancionada con pena privativa de libertad de tres a siete días.
Se exceptúan de esta disposición, las acciones tendientes a poner fin a sufrimientos ocasionados por accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor, bajo la supervisión de un especialista en la materia."

[25] **"Art. 277.- Omisión de denuncia.**- La persona que en calidad de servidora o servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción y no lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días."

[26] **"Art. 295.- Negativa a prestar auxilio solicitado por autoridad civil.**- La o el servidor de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas que, después de haber sido legalmente requerido por la autoridad civil, se niegue a prestar el auxilio que esta le pida, será sancionado con pena privativa de libertad de quince a treinta días."

[27] **"Art. 296.- Usurpación de uniformes e insignias.**- La persona que públicamente utilice uniformes o insignias de un cargo oficial que no le corresponden, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días."

- Contravención de actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial (Art. 321[28]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Contravención contra la seguridad pública tipificada como apología (365[29]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Contravenciones de primera clase (Art. 393), la pena privativa de libertad es una alternativa.

- Contravenciones de segunda clase (Art. 394), sancionadas con pena privativa de libertad.

- Contravenciones de tercera clase (Art. 395), sancionadas con pena privativa de libertad.

- Contravenciones de cuarta clase (Art. 396), sancionadas con pena privativa de libertad.

- Contravenciones en escenarios deportivos y de concurrencia masiva (Art. 397), sancionadas con horas de trabajo comunitario y prohibición de ingreso a todo escenario deportivo y de concurrencia masiva.

b) Contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipificada y sancionada en el artículo 159:

> "**Art. 159.- Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.-** La persona que hiera, lesione o golpee a la mujer o miembros del núcleo familiar, causándole lesiones o incapacidad que no pase de tres días, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a treinta días."

c) Contravenciones de tránsito.

- Conducción de vehículo con llantas en mal estado (Art. 383[30]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Conducción de vehículo bajo efecto de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan (Art. 384[31]), sancionada con pena privativa de libertad.

- Conducción de vehículo en estado de embriaguez (Art. 385[32]), sancionada con pena privativa de libertad.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

---

[28] **"Art. 321.- Actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial.-** La persona que, sin autorización legal, incremente los valores de productos sujetos a precio oficial, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días."

[29] **"Art. 365.- Apología.-** La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días."

[30] **"Art. 383.- Conducción de vehículo con llantas en mal estado.-** La persona que conduzca un vehículo cuyas llantas se encuentren lisas o en mal estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a quince días y disminución de cinco puntos en la licencia de conducir.
En caso de transporte público, la pena será el doble de la prevista en el inciso anterior.
Además se retendrá el vehículo hasta superar la causa de la infracción."

[31] **"Art. 384.-** Conducción de vehículo bajo efecto de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.- La persona que conduzca un vehículo bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con reducción de quince puntos de su licencia de conducir y treinta días de privación de libertad; además como medida preventiva se aprehenderá el vehículo por veinticuatro horas."

[32] **"Art. 385.-** Conducción de vehículo en estado de embriaguez.- La persona que conduzca un vehículo en estado de embriaguez, será sancionada de acuerdo con la siguiente escala:

- Contravenciones de tránsito de primera clase (Art. 386[33]), algunas son punidas con pena privativa de libertad de tres días y pena pecuniaria de multa de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de diez puntos en la licencia de conducir.

- Contravenciones de tránsito de segunda clase (Art. 387), sancionadas con pena pecuniaria de multa del cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de nueve puntos en la licencia de conducir.

- Contravenciones de tránsito de tercera clase (Art. 388), sancionadas con pena pecuniaria de multa del cuarenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de siete punto cinco (7.5) puntos en la licencia de conducir.

- Contravenciones de tránsito de cuarta clase (Art. 389), sancionadas con pena pecuniaria de multa del treinta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de seis puntos en la licencia de conducir.

- Contravenciones de tránsito de quinta clase (Art. 390), sancionadas con pena pecuniaria de multa del quince por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de cuatro a cinco puntos en la licencia de conducir.

- Contravenciones de tránsito de sexta clase (Art. 391), sancionadas con pena pecuniaria de multa del diez por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de tres puntos en la licencia de conducir.

---

1. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es de 0,3 a 0,8 gramos, se aplicará multa de un salario básico unificado del trabajador en general, pérdida de cinco puntos en su licencia de conducir y cinco días de privación de libertad.
2. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es mayor de 0,8 hasta 1,2 gramos, se aplicará multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general, pérdida de diez puntos en su licencia de conducir y quince días de privación de libertad.
3. Si el nivel de alcohol por litro de sangre supera 1,2 gramos, se aplicará multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general, la suspensión de la licencia por sesenta días y treinta días de privación de libertad.
Para las o los conductores de vehículos de transporte público liviano o pesado, comercial o de carga, la tolerancia al consumo de cualquier sustancia estupefaciente, psicotrópica o preparado que las contengan es cero, y un nivel máximo de alcohol de 0,1 gramos por cada litro de sangre. En caso de exceder dicho límite, la sanción para el responsable será, pérdida de treinta puntos en su licencia de conducir y pena privativa de libertad de noventa días.
Además, en todos estos casos, como medida preventiva se aprehenderá el vehículo por veinticuatro horas."

[33] **"Art. 386.- Contravenciones de tránsito de primera clase.-** Será sancionado con pena privativa de libertad de tres días, multa de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de diez puntos en su licencia de conducir:
1. La persona que conduzca sin haber obtenido licencia.
2. La o el conductor que falte de obra a la autoridad o agente de tránsito.
3. La o el conductor que con un vehículo automotor, exceda los límites de velocidad fuera del rango moderado, establecidos en el reglamento correspondiente.
En el caso del número 1, no se aplicará la reducción de puntos. El vehículo solo será devuelto cuando se cancele el valor de la multa correspondiente y la persona propietaria del vehículo será solidariamente responsable del pago de esta multa.
Será sancionado con dos salarios básicos unificados del trabajador en general, reducción de diez puntos en su licencia de conducir y retención del vehículo por el plazo mínimo de siete días:
1. La o el conductor que transporte pasajeros o bienes, sin contar con el título habilitante correspondiente, la autorización de frecuencia o que realice un servicio diferente para el que fue autorizado. Si además el vehículo ha sido pintado ilegalmente con el mismo color y características de los vehículos autorizados, la o el juzgador dispondrá que el vehículo sea pintado con un color distinto al de las unidades de transporte público o comercial y prohibirá su circulación, hasta tanto se cumpla con dicho mandamiento. El cumplimiento de esta orden solo será probado con la certificación que para el efecto extenderá el responsable del sitio de retención vehicular al que será trasladado el vehículo no autorizado. Los costos del cambio de pintura del vehículo estarán a cargo de la persona contraventora.
2. La persona que conduzca un vehículo con una licencia de categoría diferente a la exigible para el tipo de vehículo que conduce.
3. Las personas que participen con vehículos a motor en competencias en la vía pública."

- Contravenciones de tránsito de séptima clase (Art. 392), sancionadas con pena pecuniaria de multa del diez por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de uno punto cinco (1.5) puntos en la licencia de conducir.

De conformidad con los principios de oralidad, concentración e inmediación, previstos en el artículo 5.11, .12, .17 del Código Orgánico Integral Penal, la regla del procedimiento expedito, artículo 641 ibídem, establece que las contravenciones se juzgarán en una sola audiencia, sometida a las reglas generales de este Código:

"**Art. 563.- Audiencias.-** Las audiencias se regirán por las siguientes reglas:

1. Se celebrarán en los casos previstos en este Código. En caso de que no pueda llevarse a cabo la audiencia, se dejará constancia procesal. Podrán suspenderse previa justificación y por decisión de la o el juzgador.
2. Son públicas, con las excepciones establecidas en este Código. La deliberación es reservada. En ningún caso las audiencias podrán ser grabadas por los medios de comunicación social.
3. Se rigen por el principio de contradicción.
4. Instalada la audiencia, la o el juzgador concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que son admisibles. En caso de existir un pedido de revisar la legalidad de la detención, este punto será siempre el primero en abordarse.
   Como regla general, las o los fiscales y las o los defensores públicos o privados tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos.
5. Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Las sentencias se reducirán a escrito y se notificará dentro del plazo de diez días. Los plazos para las impugnaciones de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.
6. El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarlo con facilidad, la persona procesada, la víctima u otros intervinientes, serán asistidos por una o un traductor designado por la o el juzgador.
7. La persona procesada, la víctima u otros intervinientes, en caso de no poder escuchar o entender oralmente, serán asistidos por un intérprete designado por la o el juzgador, quien podrá usar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión en el proceso penal. Lo anterior no obsta para estar acompañados por un intérprete de su confianza.
8. Al inicio de cada audiencia la o el juzgador dispondrá que se verifique la presencia de los sujetos procesales indispensables para su realización y, de ser el caso, resolverá cuestiones de tipo formal.
9. La o el juzgador controlará la disciplina en la audiencia, incluso podrá limitar el ingreso del público por la capacidad o seguridad de la sala, establecerá el tiempo de intervención de los sujetos procesales, de acuerdo con la naturaleza del caso y respeto al derecho de igualdad de las partes.
10. Se contará con la presencia de la o el juzgador, las o los defensores públicos o privados y la o el fiscal. Los sujetos procesales tienen derecho a intervenir por sí mismos o a través de sus defensores públicos o privados. En el caso de las personas jurídicas de derecho público, a las audiencias podrá acudir el representante legal, delegados o el procurador judicial o sus defensores.
11. No se podrá realizar la audiencia de juicio sin la presencia de la persona procesada, salvo los casos previstos en la Constitución de la República.
12. Si no se realiza la audiencia de juicio por inasistencia de la persona procesada o de sus defensores, es decir, por causas no imputables a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá de pleno derecho el decurso de los plazos de la caducidad de la prisión preventiva hasta la fecha en que efectivamente se realice la audiencia de juicio. Lo anterior, sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente.
13. Las actuaciones y peticiones de los sujetos procesales que se presenten ante las o los juzgadores, serán despachadas de forma concentrada.
14. Si la persona procesada está prófuga, después de resuelta la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, la o el juzgador suspenderá la iniciación de la etapa de juicio hasta que la persona procesada sea detenida o se presente físicamente de manera voluntaria.
15. Si son varias las personas procesadas y están prófugas y otras presentes, se suspenderá el inicio del juicio para las primeras y continuará respecto de las segundas."

El artículo 641, establece la posibilidad de que las partes lleguen a conciliación, durante la audiencia única de contravenciones, excepto en el caso de contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

El procedimiento expedito para cada materia de contravencional, consta en la siguiente tabla:

Procedimiento Expedito		
Para contravenciones penales (Art. 642)	**Para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (Art. 643)**	**Para contravenciones de tránsito (Arts. 644, 645 y 646)**
- Es competente para conocer y resolver el procedimiento expedito, la jueza o juez de contravenciones, del lugar donde se cometió la infracción. (Art. 404)	- Es competente para conocer y resolver el procedimiento expedito, la jueza o juez de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar del cantón donde se cometió la contravención o del domicilio de la víctima (donde no existan estos juzgadores, conocerán y resolverán en primera instancia la o el juzgador de la familia, mujer, niñez y adolescencia o el de contravenciones, en ese orden).	- Es competente para conocer y resolver el procedimiento expedito, la jueza o juez de contravenciones de tránsito, del lugar donde se cometió la infracción. (Art. 404)
- Son juzgadas a petición de parte. Por lo que son puestas a conocimiento del juzgador por la víctima; o en caso de flagrancia, por el agente aprehensor (Art. 642.6).	- El cometimiento de la infracción puede ser puesta en conocimiento de la o el juzgador, por quienes tienen obligación de hacerlo por expreso mandato del Código Orgánico Integral Penal (la norma contempla expresamente a las y los profesionales de la salud, que tengan conocimiento directo del hecho, previo requerimiento; a agentes de la Policía Nacional que conozcan del hecho, a través de parte policial e informes, quienes comparecerán de manera obligatoria a la audiencia), la víctima o cualquier persona natural o jurídica que conozca de los hechos. La noticia del hecho puede llegar de una situación de flagrancia, o no.	- Son puestas a conocimiento de la jueza o juez por la impugnación de la boleta de tránsito por parte del contraventor, dentro de los tres días contados a partir de la citación. "(boletas de citación no impugnadas se entienden aceptadas voluntariamente y el valor de las multas debe ser cancelado a los GAD regionales, municipales y metropolitanos)
-Cuando el juzgador tiene conocimiento del cometimiento de alguna de estas contravenciones, deberá notificar al infractor para la audiencia de juzgamiento, que se debe realizar en un plazo máximo de diez días, para que pueda ejercer su derecho a la defensa. Esto en caso de que no ocurra una situación de flagrancia, de suceder este supuesto, la audiencia será inmediata.	- El cometimiento de la infracción puede ser puesta en conocimiento de la o el juzgador, por quienes tienen obligación de hacerlo por expreso mandato del Código Orgánico Integral Penal (la norma contempla expresamente a las y los profesionales de la salud, que tengan conocimiento directo del hecho, previo requerimiento; a agentes de la Policía Nacional que conozcan del hecho, a través de parte policial e informes, quienes comparecerán de manera obligatoria a la audiencia), la víctima o cualquier persona natural o jurídica que conozca de los hechos. La noticia del hecho puede llegar de una situación de flagrancia, o no.	- Son puestas a conocimiento de la jueza o juez por la impugnación de la boleta de tránsito por parte del contraventor, dentro de los tres días contados a partir de la citación. "(boletas de citación no impugnadas se entienden aceptadas voluntariamente y el valor de las multas debe ser cancelado a los GAD regionales, municipales y metropolitanos)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Las partes pueden anunciar pruebas hasta tres días antes de la audiencia. (Excepto en el caso de contravenciones flagrantes, la persona sorprendida cometiendo este tipo de infracciones puede ser aprehendida y puesta ante la jueza o juez de contravenciones para su juzgamiento, las pruebas se anuncian en la misma audiencia)	- La o el juzgador competente, cuando de cualquier manera llegue a conocer alguna de las contravenciones de violencia contra la mujer y la familia, procederá de inmediato a imponer una o varias medidas de protección; a receptar el testimonio anticipado de la víctima o testigos y a ordenar la práctica de los exámenes periciales y más diligencias probatorias que el caso requiera, en el evento de no haberse realizado estos últimos. Las medidas de protección subsistirán hasta que la o el juzgador competente que conozca el proceso, de manera expresa, las modifique o revoque en audiencia.	Pueden ser sorprendidas en flagrancia, o tramitadas fuera de esta situación.
Por regla general, la audiencia de juzgamiento solo se puede instalar con la presencia del procesado y de la víctima.	- La o el juzgador competente fijará de manera simultánea, la pensión de alimentos correspondiente que, mientras dure la medida de protección, debe satisfacer el presunto infractor, considerando las necesidades de subsistencia de las víctimas, salvo que ya cuente con la misma.	Art. 645.- Contravenciones con pena privativa de libertad.- Quien sea sorprendido en el cometimiento de una contravención con pena privativa de libertad, será detenido y puesto a órdenes de la o el juzgador de turno, dentro de las veinticuatro horas siguientes, para su juzgamiento en una sola audiencia donde se presentará la prueba. A esta audiencia acudirá la o el agente de tránsito que aprehenda al infractor. Al final de la audiencia la o el juzgador dictará la sentencia respectiva.
- Si el supuesto contraventor no asiste a la audiencia, la jueza o juez puede disponer su detención hasta por 24 horas, con el único fin que comparezca a la diligencia. No se puede llevar a cabo la diligencia sin su presencia.	- La o el juzgador competente vigilará el cumplimiento de las medidas de protección, valiéndose cuando se requiera de la intervención de la Policía Nacional. En caso de incumplimiento de las medidas de protección y de la determinación de pago de alimentos dictadas por la o el juzgador competente, se sujetará a la responsabilidad penal por incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad y obligará a remitir los antecedentes a la fiscalía para su investigación.	
- En los casos de contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se puede instalar la audiencia sin la presencia de la víctima, pero debe estar representada por un defensor técnico privado o público.	- La información acerca del domicilio, lugar de trabajo, centro de acogida, centro de estudios de la víctima o hijos bajo su cuidado, que conste del proceso, será de carácter restringido con el fin de proteger a la víctima.	

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Si la jueza o juez de contravenciones encuentra que la conducta acusada al procesado, está prevista como delito, debe inhibirse y remitir el expediente a la Fiscalía para que se inicie la investigación.	- Si la o el juzgador competente encuentra que el acto de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar sujeto a su conocimiento constituye delito, sin perjuicio de dictar las medidas de protección, se inhibirá de continuar con el conocimiento del proceso y enviará a la o el fiscal el expediente para iniciar la investigación, sin someter a revictimización a la persona agredida. Si se han dictado medidas de protección, las mismas continuarán vigentes hasta ser revocadas, modificadas o ratificadas por la o el juzgador de garantías penales competente.	
- Es obligación de la jueza o juez de contravenciones rechazar de plano todo pedido que tienda a retardar la sustanciación del proceso.	- La Defensoría Pública estará obligada a proveer asistencia, asesoramiento y seguimiento procesal a las partes que no cuenten con recursos suficientes para el patrocinio. Si una persona es sorprendida en flagrancia será aprehendida por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo y demás personas particulares señaladas en este Código, y conducida ante la o el juzgador competente para su juzgamiento en la audiencia. Si el aprehensor es una persona particular, debe poner de manera inmediata al aprehendido a órdenes de un agente. 10. Se puede ordenar el allanamiento o el quebrantamiento de las puertas o cerraduras conforme las reglas previstas en este Código, cuando deba recuperarse a la víctima o sus familiares, para sacar al agresor de la vivienda o el lugar donde se encuentre retenida, aplicar las medidas de protección, en caso de flagrancia o para que el presunto infractor comparezca a audiencia. 11. Cuando la o el juzgador llegue a tener conocimiento de que se ha cometido una de las contravenciones previstas en este parágrafo, notificará a través de los servidores respectivos a la o el supuesto infractor a fin de que acuda a la audiencia de juzgamiento señalada para el efecto, que tendrá lugar en un plazo máximo de diez días contados a partir de la fecha de notificación, advirtiéndole que debe ejercitar su derecho a la defensa. No podrá diferirse la audiencia sino a solicitud expresa y conjunta de ambas partes por una sola vez, indicando día y hora para su continuación, la que no excederá de quince días a partir de la fecha de su inicio. 12. No se puede realizar la audiencia sin la presencia de la o el presunto infractor o la o el defensor. En este caso la o el juzgador competente ordenará la detención del presunto infractor. La detención no excederá de veinticuatro horas, y tendrá como único fin su comparecencia a la audiencia. 13. La audiencia se sustanciará conforme a las disposiciones de este Código.	La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, será de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial, únicamente si la pena es privativa de libertad. La aceptación voluntaria del cometimiento de la infracción no le eximirá de la pérdida de los puntos de la licencia de conducir. Art. 646.- Ejecución de sanciones.- Para la ejecución de las sanciones por contravenciones de tránsito que no impliquen una pena privativa de libertad, serán competentes los GAD regionales, municipales y metropolitanos de la circunscripción territorial donde haya sido cometida la contravención, cuando estos asuman la competencia y la Comisión de Tránsito del Ecuador en su respectiva jurisdicción.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- La Jueza o Juez deberá emitir su decisión en la misma audiencia. - La sentencia, de condena o ratificatoria de inocencia, debe ser redactada por escrito y debe cumplir, en lo que corresponda, con las reglas de las sentencias, previstas en los artículos 621 y 622. - En todos los casos, puede interponerse recurso de apelación dentro de tres días de notificada la sentencia escrita. (Art. 653.4 y 654.1).	14. Numeral derogado por artículo 11 de la Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 598 de 30 de Septiembre del 2015. 15. Las y los profesionales que actúan en las oficinas técnicas de los juzgados de violencia contra la mujer y la familia no requieren rendir testimonio en audiencia. Sus informes se remitirán a la o el juzgador a fin de incorporarlos al proceso, y serán valorados en la audiencia. Los informes periciales no podrán ser usados en otros procesos de distinta materia que tengan como fin la revictimización o conculcación derechos. 16. No se realizarán nuevos peritajes médicos si existen informes de centros de salud u hospitalarios donde se atendió a la víctima y sean aceptados por ella, o los realizados por las oficinas técnicas de los juzgados de violencia contra la mujer y la familia. 17. La o el juzgador resolverá de manera motivada en la misma audiencia, de forma oral. 18. La sentencia se reducirá a escrito con las formalidades y requisitos previstos en este Código y los sujetos procesales serán notificados con ella. 19. Los plazos para las impugnaciones corren luego de la notificación y la sentencia puede ser apelada ante la o el juzgador competente de la Corte Provincial respectiva.	

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El procedimiento expedito obedece a postulados doctrinales modernos, que motivaron la promulgación del Código Orgánico Integral Penal,[34] observamos que para el juzgamiento de contravenciones se ha limitado algunas instituciones procesales propias del procesamiento a los delitos como, por ejemplo, las diferentes etapas, dando como resultado un proceso socialmente aceptable en términos de calidad, mediante un procesamiento oral, rápido y eficaz, sustanciándose en una sola audiencia en donde el juez competente deberá emitir la sentencia que corresponda.[35] Empero, como habíamos anunciado, estas limitaciones que resultan de promover la consecución del principio constitucional de celeridad procesal, no pueden afectar el ejercicio de los derechos constitucionales de alguno de los sujetos procesales ni la eficacia de los preceptos constitucionales.

3.5. Naturaleza de la aprehensión como medida cautelar, sus efectos y la diferencia con otras medidas.

Razones sobran para aplicar el derecho, sus principios y sus normas, más cuando se trata de la protección hacia un ser humano que está sufriendo un ataque o un riesgo injustificado. Por lo tanto, la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana y de su dignidad, que no pueden ser legítimamente menoscabados ni por los particulares ni por el poder político. Esto porque "si un sistema jurídico se edifica a partir de la idea de persona, de su dignidad y de sus derechos, y si esa referencia a la persona es tomada como algo más que pura retórica, seguramente dentro de tal sistema se reconocerá que el Estado tiene el deber de respetar esos derechos"[36], los cuales no deben ser únicamente declarados, "sino que además deben reconocerse con la misma extensión a todos los miembros de la comunidad"[37]

El procedimiento expedito para el juzgamiento de las contravenciones, prevé normas que facultan la aprehensión de la y del supuesto contraventor:

> "**Art. 642.- Reglas.-** El procedimiento expedito de contravenciones penales deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:
>
> [...]
>
> 6. Si una persona es sorprendida cometiendo esta clase de contravenciones será aprehendida y llevada inmediatamente a la o al juzgador de contravenciones para su juzgamiento. En este caso las pruebas serán anunciadas en la misma audiencia.
>
> [...]"
>
> "**Art. 643.- Reglas.-** El procedimiento para juzgar la contravención penal de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se sustanciará de conformidad con las siguientes reglas:
>
> [...]

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[34] Criterios expuestos por la Asamblea Nacional de la República del Ecuador para justificar la implementación del Código Orgánico Integral Penal.

[35] Art. 169 de la Constitución de la República: "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"

[36] Ottaviano, Santiago. 2006. Garantías penales y derechos humanos. En Cianciardo, Juan (coordinador), *La interpretación en la era neoconstitucional. Una aproximación interdisciplinaria.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

[37] Zambrano, María del Pilar. 2006. El liberalismo político y la interpretación constitucional. En Cianciardo, Juan (coordinador), *La interpretación en la era neoconstitucional. Una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Depalma, pág 101.

9. Si una persona es sorprendida en flagrancia será aprehendida por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo y demás personas particulares señaladas en este Código, y conducida ante la o el juzgador competente para su juzgamiento en la audiencia.

Si el aprehensor es una persona particular, debe poner de manera inmediata al aprehendido a órdenes de un agente.

[...]"

"**Art. 645.- Contravenciones con pena privativa de libertad.-** Quien sea sorprendido en el cometimiento de una contravención con pena privativa de libertad, será detenido y puesto a órdenes de la o el juzgador de turno, dentro de las veinticuatro horas siguientes, para su juzgamiento en una sola audiencia donde se presentará la prueba. A esta audiencia acudirá la o el agente de tránsito que aprehenda al infractor.

Al final de la audiencia la o el juzgador dictará la sentencia respectiva." (Artículo contenido dentro del parágrafo de procedimiento para contravenciones de tránsito.)

La aprehensión es medida cautelar, pues se encuentra regulada en el parágrafo primero de la Sección Primera (Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada), del Capítulo Segundo (Medidas Cautelares), del Título V (Medidas cautelares y de protección), del Libro Segundo (Procedimiento), que corresponde a las Medidas Cautelares en el Código Orgánico Integral Penal.

La aprehensión está ubicada entre las medidas cautelares del Código Orgánico Integral Penal, y solamente cabe en circunstancias de flagrancia ("Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional [...] Las o los servidores de la Policía Nacional o del a autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante". Art. 526), de lo que se desprenden las siguientes diferencias con otras medidas cautelares:

- No se sustenta en orden judicial.
- Puede ser civil o policial.
- Su imposición y ejecución no se deciden en audiencia.
- No es apelable.

El Código Orgánico Integral Penal menciona:

"**Artículo 520.-Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.-** La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. **En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección.**

2. En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte.

[...]

5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.

6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz.

8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional.

"Artículo 522.- Modalidades.- 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."

"Artículo 523.- Prohibición de ausentarse del país.-La o el juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales."

"Artículo 526.- Aprehensión.-Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.

Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional. Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En el informe para segundo debate del Código Orgánico Integral Penal, en el punto 4.3.6 se dijo:

"Con respecto a las medidas cautelares y de aprehensión tratadas en el Título V, se adecuaron las finalidades y los criterios de las mismas para que puedan ser aplicadas sin burocratizar el sistema de justicia. Así, se incorporan disposiciones que se toman en cuenta para limitar el acceso a la revocatoria, sustitución o revisión de las medidas cautelares: el número de detenciones , la reincidencia en la comisión de delitos establecida mediante sentencias condenatorias, la existencia de procesos pendientes, el hecho de que el imputado se haya beneficiado con uno o varios de los procedimientos especiales previstos en el Código incluso o incluso cuando este se haya beneficiado de una medida alternativa a la prisión preventiva."

Así la aprehensión no tiene un trámite, sino que da origen a un trámite.

La aprehensión se encuentra determinada en el parágrafo primero del Capítulo II del Título V del Código Orgánico Integral Penal, Medidas Cautelares y de Protección, que tienen como objetivo, entre

otros: proteger los derechos de las víctimas y demás partícipes en el proceso penal, garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.[38]

La implementación del régimen de medidas cautelares y de la aprehensión, responde a la necesidad de desarrollar el precepto constitucional determinado en el artículo 77 numeral 1 primera parte que dice:

"**Art. 77.-** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

> 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará **para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena;** procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

[...]"

Las medidas cautelares son aquellas actuaciones judiciales que se adoptan con una finalidad preventiva pero también con una finalidad garantista de que la tutela efectiva se cumpla pero también de que la condena y el pago económico que lleva implícito la condena se materialicen.[39]

Para Fenech las medidas cautelares son "actos cautelares los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del proceso penal.[40]"

No considerar a la aprehensión como medida cautelar conlleva a que la fuga, la cooperación de terceros a la fuga de una persona aprehendida sea en delito o contravención no sea punible, con lo que se obstaculizaría la labor de los agentes del orden y la burla al artículo 274 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo artículo 274 menciona la evasión a una medida cautelar:

> "[…] La persona privada de libertad, sea por sentencia condenatoria o por medida cautelar, que se evada, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años"

Quien comete una infracción penal, aunque sea una contravención, pretende general y naturalmente —por todos los medios posibles— evadir la acción de la justicia, lo cual supone el no hacer frente a un procesamiento penal para no arriesgar la posibilidad de una condena y sufrir la pena prevista en la ley, aparte de pagar los daños y perjuicios que se han originado en el delito.

> "Pocos son, lamentablemente, los que sin presión o coacción de ninguna especie reconocen haber cometido el hecho, asumen las consecuencias de sus acciones u omisiones, se someten a las disposiciones

[38] Art. 519 del COIP.- Finalidad.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

[39] http://dspace.ucuenca.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2939/1/td4316.pdf, consultado el lunes 31 de agosto de 2015.

[40] FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal. Vol. II, Editocorial Labor, Barcelona, 1952.

legales y pagan lo que les corresponde en concepto de indemnizaciones civiles. El caso más patético lo conocemos y lo vivimos los ecuatorianos con lo que a diario acontece en relación con las infracciones de tránsito. Producido el hecho, los conductores de vehículos optan por fugar del lugar de los hechos, tengan o no responsabilidad penal, con el único propósito de evitarse problemas policiales, judiciales o económicos.

La actividad cautelar tanto en el proceso penal como en el proceso civil es trascendental, ya que tiende a asegurar que, en su momento, lo resuelto y dispuesto en la sentencia no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir. Igualmente, se debe impedir que personas interesadas en obstaculizar la acción de la justicia cumplan acciones negativas, como intimidar testigos, destruir pruebas, y todo ello para tergiversar los hechos que deben aparecer en el trámite procesal y evitar que se descubra la verdad. En cuanto al proceso penal, concretamente, el derecho subjetivo del Estado a castigar las infracciones penales no puede quedar burlado si el responsable huye y en su momento la sentencia condenatoria no puede ejecutarse"[41].

"Previo a las reformas del Código de Procedimiento Penal, realizadas el 24 de marzo de 2009, mediante la ley No 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, la norma utilizaba la palabra "aprehensión" en lugar de "detención", que particularmente parecía más adecuada, ya que la detención mantiene una función específica otorgada por la ley. Siendo así, en el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, se establece detención.- *Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez de garantías penales podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad*. Sin embargo, la definición tanto de aprehensión como de detención no varía sustancialmente como para encontrar un error en la redacción del artículo del delito flagrante detención de acuerdo al Diccionario Jurídico Anbar, es la privación de la libertad de quien se sospecha autor de un delito; tiene carácter preventivo y previo a la presentación del mismo ante un juez. Por su lado aprehender se la define como capturar o detener a alguien. Cabanellas establece que la aprehensión es la detención o captura de acusado o perseguido; la detención se da cuando exista delito o apariencia justificada del mismo, y habla del caso del delito flagrante"[42]

3.6. La infracción contravencional que se procesa en situación de flagrancia y conlleva la privación de libertad de la o el contraventor y la que se procesa en situación de descubrimiento posterior, o en situación de flagrancia que no conlleva la privación de libertad.

El Código Orgánico Integral Penal, define a la situación de flagrancia:

"**Art. 527.- Flagrancia.-** Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión."

Artículo que se encuentra dentro de las reglas de la aprehensión:

[41] http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/articulos/inconstitucionalidad-de-la-detencion-investigativa/ , consultado el martes 15 de septiembre de 2015.
[42] http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/906/1/96303.pd, , consultado el martes 15 de septiembre de 2015.

"**Art. 526.- Aprehensión.-** Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.

Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional.

Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante."

"**Art. 528.- Agentes de aprehensión.-** Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código.

Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender:

1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva.
2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo.

Si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial."

"**Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.-** En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente."

Nótese que en este artículo (Art. 529), en su primera parte, no refiere a la situación de aprehensión por delito estrictamente, sino a la situación de flagrancia por "infracción", como se dijo, la infracción contiene a las dos formas de conducta penalmente relevante.

El mismo Código Orgánico Integral Penal, establece que las infracciones pueden ser flagrantes o no; y, establece normas procesales para los casos de infracciones flagrantes sin distinguir entre delitos y contravenciones:

"**Art. 574.- Reglas.-** Las actuaciones procesales se desarrollarán de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

4. El Consejo de la Judicatura garantizará que <u>para el caso de infracciones flagrantes</u>, la justicia penal funcionará las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Para el efecto, establecerá un sistema de turnos o mecanismos eficientes que aseguren la presencia inmediata de los sujetos procesales." (el subrayado nos corresponde)

"**Art. 642.- Reglas.-** El procedimiento expedito de contravenciones penales deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:

[...]

3. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito, salvo en <u>el caso de contravenciones flagrantes</u>.

[...]

6. Si una persona es sorprendida cometiendo esta clase de contravenciones será aprehendida y llevada inmediatamente a la o al juzgador de contravenciones para su juzgamiento. En este caso las pruebas serán anunciadas en la misma audiencia.

[...]" (el subrayado nos corresponde).

"**Art. 643.- Reglas.-** El procedimiento para juzgar la contravención penal de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se sustanciará de conformidad con las siguientes reglas:

[...]

9. Si una persona es sorprendida en flagrancia será aprehendida por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo y demás personas particulares señaladas en este Código, y conducida ante la o el juzgador competente para su juzgamiento en la audiencia.

Si el aprehensor es una persona particular, debe poner de manera inmediata al aprehendido a órdenes de un agente.

10. Se puede ordenar el allanamiento o el quebrantamiento de las puertas o cerraduras conforme las reglas previstas en este Código, cuando deba recuperarse a la víctima o sus familiares, para sacar al agresor de la vivienda o el lugar donde se encuentre retenida, aplicar las medidas de protección, en caso de flagrancia o para que el presunto infractor comparezca a audiencia.

[...]"(el subrayado nos corresponde)

"**Art. 645.- Contravenciones con pena privativa de libertad.-** Quien sea sorprendido en el cometimiento de una contravención con pena privativa de libertad, será detenido y puesto a órdenes de la o el juzgador de turno, dentro de las veinticuatro horas siguientes, para su juzgamiento en una sola audiencia donde se presentará la prueba. A esta audiencia acudirá la o el agente de tránsito que aprehenda al infractor.

Al final de la audiencia la o el juzgador dictará la sentencia respectiva." (el subrayado nos corresponde).

Se concluye que cabe flagrancia en todas las contravenciones comunes o de policía, en la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y en las contravenciones de tránsito sancionadas con pena privativa de libertad.

En consecuencia, les son aplicables las normas generales de la flagrancia, y por tanto, cabe la aprehensión, como medida cautelar, en las contravenciones punidas con pena privativa de libertad.

De las normas citadas se desprende que, para calificar una situación de infracción flagrante, deben reunirse las siguientes circunstancias:

1. Una persona sea sorprendida en el momento en el que está cometiendo un hecho dañino o peligroso, o se la descubra inmediatamente después de su supuesta comisión siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión.

2. Que, si hubo persecución ininterrumpida, no exceda de veinticuatro horas entre los hechos y la privación de libertad.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

3. La actividad en la que es sorprendida una persona, esté prevista en la ley como delito o contravención, es decir que tenga relevancia penal.

La cuestión de oportunidad y tiempo que involucra una infracción en situación de flagrancia, permite ciertas prerrogativas de actuación previstas en la ley que están prohibidas ante una infracción denunciada e investigada[43]; estas son:

1. Cualquier persona puede privar de libertad, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en situación de delito flagrante de acción pública o de contravención sancionada con pena privativa de libertad. En otras circunstancias, sólo puede detenerse a una persona por parte de un agente autorizado por la ley, con orden judicial previa, emitida por jueza o juez competente.

2. Durante la persecución pueden realizarse acciones que en otras circunstancias implicarían trasgresión a normas respecto al ingreso en propiedad privada.

Las prerrogativas enumeradas son previstas en la ley, con la finalidad de evitar el cometimiento del delito o de la contravención o de comprobar con mayor facilidad la infracción y la culpabilidad del procesado.

Una vez arrestado quien ha sido sorprendido en situación de infracción flagrante, debe ser entregado a una o un agente de la Policía Nacional, quien deberá informar de inmediato al fiscal de turno de tratarse de delito y comparecer junto con el detenido ante el juez de garantías penales, dentro de las veinticuatro horas, para que sea la autoridad judicial quien confirme o revoque tal actuación, y disponga el pronunciamiento sobre la instrucción fiscal si se tratare de delito. Es la audiencia de calificación de flagrancia el acto que permite a la Fiscalía iniciar el proceso, en estos casos.

Insistimos que frente a una situación de flagrancia, la privación de libertad de la o del contraventor sólo opera si la conducta penalmente relevante está sancionada con pena privativa de libertad, hacerlo en los casos que no se prevé tal punición, acarrearía un arresto ilegal, así lo calificará la jueza o juez respectivo.

También la contravención que se descubre sin que opere la situación de flagrancia impide la aprehensión de la o del contraventor, con el mismo efecto de ilegalidad.

La consulta, como anunciamos, se refiere a la situación de flagrancia contravencional, pero —ahora aclaramos— en los casos en que esté prevista, como consecuencia, punición privativa de libertad; es decir, se trata de una persona arrestada bajo el cargo de cometer una contravención que merece pena privativa de libertad, en situación de flagrancia.

3.7. El procedimiento en caso de contravenciones en situación de flagrancia que conlleva privación de libertad.

El procedimiento en caso de contravenciones en situación de flagrancia que conllevan privación de libertad, es, en lo principal, el siguiente:

1. La persona que sea sorprendida cometiendo alguna de las contravenciones comunes o de policía, la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar; o, una de las contravenciones de tránsito sancionadas con pena privativa de libertad, debe ser aprehendida, ya sea en

[43] Para detener a la persona investigada en la fase pre procesal se requiere de una orden judicial emitida en el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales.

arresto civil o por agentes de la Policía Nacional, y llevada inmediatamente ante la jueza o juez de contravenciones competente, según el tipo de contravención.

2. La jueza o juez de contravenciones competente, calificará la legalidad de la aprehensión, o su ilegalidad, arbitrariedad, ilegitimidad del arresto (Arts. 529, 563.5), e instalará la audiencia de juzgamiento, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la privación de libertad del supuesto infractor o infractora.

3. Las pruebas deben ser anunciadas y practicadas en la misma audiencia de juzgamiento, siguiendo las reglas aplicables[44].

4. Si la jueza o juez de contravenciones competente, según el tipo de contravención, encuentra que la infracción acusada corresponde a un delito, debe inhibirse y enviar el expediente a la o el fiscal para que cumpla sus deberes.

5. Si se trata de una contravención, al final de la audiencia respectiva, la jueza o juez, dictará (verbalmente) la sentencia, la que, según las reglas generales, deberá ser reducida a escrito de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal, y notificada a las partes (Arts. 642.9 y 654.7).

6. Si la sentencia es absolutoria la jueza o juez debe ordenar de inmediato la libertad, sin formalidad alguna, de la o el ciudadano.

7. El plazo para la interposición de medios de impugnación debe ser tomado en cuenta desde la notificación de la sentencia por escrito (Arts. 653.5, 642.9, 643.18, 644 inc. 5). Por esto, la necesidad que sea redactada por escrito en el menor tiempo, pues como se anotó anteriormente, el trámite contravencional exige de celeridad, por lo que los plazos de emisión de sentencias por delitos deben ser acortados como una buena práctica que puede dar origen a una política judicial.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

3.8. Las reglas generales de la sentencia condenatoria.

La conclusión del procedimiento expedito para el juzgamiento de contravenciones, es la sentencia dictada de manera verbal y luego reducida a escrito, la misma que debe cumplir con las reglas generales de las sentencias, previstas en el Código Orgánico Integral Penal:

---

[44] La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el caso No. 1372-2015, ponencia del doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, en el que se conoció el recurso de apelación ante la negativa a la acción jurisdiccional de hábeas corpus, estableció que en el procedimiento expedito, el momento procesal oportuno para el anuncio y práctica de prueba es la audiencia única de juzgamiento: "De la sentencia de habeas corpus, en el acápite tercero, consta que el Juez denunciado indica que si existió prueba de cargo, y que en cuanto a la alegación de que no se aceptó las pruebas solicitadas por el recurrente, es falso, pues el procedimiento tiene sus etapas y en la fase probatoria es donde se debe solicitar las pruebas pertinentes, lo cual carece de todo fundamento puesto que dentro del procedimiento adoptado en este caso, es decir el procedimiento expedito artículo 642 del Código Orgánico Integral Penal, el momento procesal oportuno para solicitar prueba es dentro de la audiencia de juzgamiento la cual se realizará en un plazo de diez días, donde el procesado debe ejercer su derecho a la defensa. [...] Entonces, no se ha permitido ejercer el derecho a la defensa del representado por el accionante, pues, no se le concedió en la etapa procesal pertinente presentar los testimonios que – a su decir- corraboraban su estado de inocencia irrespetando así la Constitución y las leyes de la República del Ecuador, la decisión tomada por el Tribunal Constitucional, no se fundamentó y motivó en normas previas, claras, públicas, al contrario, se tomó una decisión en audiencia sin observar el derecho a la defensa. Con lo que se determina que se han violado los derechos constitucionales a la defensa, a la presunción de inocencia, del ciudadano Carlos Felipe Sánchez Ruiz, establecidos en los artículos 76.1.2, y 76.7 a),b),c),h),-j),l) de la República del Ecuador, principios referentes al debido proceso; en consecuencia, el acto impugnado es ilegal, arbitrario o ilegítimo, y cabe admitir la acción constitucional propuesta"

"**Art. 622.- Requisitos de la sentencia.-** La sentencia escrita, deberá contener:

1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo.

2. La 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.

3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.

4. La parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso.

6. 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 y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.

7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.

8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.

9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda.

11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Estas reglas generales, han de ser aplicadas conforme la naturaleza de la contravención, los derechos protegidos, y los principios que especializan a ciertos procedimientos, como en el caso de violencia intrafamiliar (que exige reserva y medidas de protección).

3.9. El derecho a impugnar al tratarse de sentencias condenatorias por contravenciones.

Sobre este punto de derecho, ya se pronunció el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en Resolución No. 03-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 462 de 19 de marzo de 2015, en la que se manifestó y estableció:

"**27.** Se responde al primer problema jurídico:

I. El derecho a recurrir reconocido en los instrumentos internacionales citados, se entiende en dos circunstancias:

a. Las personas sometidas a un proceso judicial por motivo de un delito, tienen derecho a que la decisión judicial que se tome sobre su culpabilidad sea sometida a la revisión de un tribunal superior.

b. Las personas que vieran amenazada su libertad o hayan sido privadas de ella, tienen derecho de acudir ante un juez o tribunal para que se pronuncie respecto a la legalidad de tal amenaza o privación de libertad.

II. El desarrollo jurisprudencial del sistema de derechos humanos, al que se ha acogido el Ecuador, ha establecido que un Estado respeta el derecho a recurrir cuando en su ordenamiento jurídico prevé medios de impugnación, sin obstáculos para interponerlos e impulsarlos, resueltos por juezas y jueces imparciales, que respeten las reglas del debido proceso, protegiendo a las personas frente a la arbitrariedad, garantizando de manera efectiva sus derechos, lo que implica que la decisión sobre los mismos no siempre será favorable a quien los propone. Con el respeto de estos principios se protege el derecho de defensa, y el principio de doble conforme, expresado en la revisión íntegra de una decisión condenatoria, así como los derechos a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva de los derechos.

III. En materia penal, nuestro régimen constitucional de derechos es amplio, pues determina que el derecho a recurrir es exigible tanto en procesos por delitos como por contravenciones, esto cuando, establece que este derecho es exigible en "todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden" (Art. 76); además, reconoce el principio non reformatio in peius en los procesos penales.

IV. Los antecedentes jurisprudenciales constitucionales han establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva es cumplido por el Estado, cuando el juzgador ha observado el debido proceso y respetado el derecho a la defensa, parte fundamental de este último es el derecho a los recursos; asimismo, se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a recurrir un fallo no es absoluto para todo tipo de infracciones, este solo es imperativo en los procesos penales por delitos, o en los que se haya privado de libertad a una persona.

V. El régimen normativo penal, procesal penal y de ejecución de penas, vigente desde 10 de agosto de 2014, de conformidad con la disposición final de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, reconoce el derecho a recurrir las decisiones judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el referido Código."

"***B) ¿Procede el recurso de apelación en procesos de contravenciones ordinarias, de tránsito y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?***

28. El Código Orgánico Integral Penal, en el Libro Segundo, Título IX, Capítulo Primero, artículo 652, determina las reglas generales de la impugnación. Y el desarrollo de cada recurso lo encontramos en el mismo Título:

a) Capítulo Segundo: el recurso de apelación (Arts. 653 a 655).

b) Capítulo Tercero: el recurso de casación (Arts. 656 y 657).

c) Capítulo Cuarto: el recurso de revisión (Arts. 658 y 660).

d) Capítulo Quinto: el recurso de hecho (Art.661).

29. En lo concerniente a contravenciones, el Código Orgánico Integral Penal establece:

a. Respecto a las contravenciones penales comunes:

"**Art. 642. Reglas.** El procedimiento expedito de contravenciones penales deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:

[...]

9. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante las o los juzgadores de la Corte Provincial."

b. Respecto a la contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) reconoce la importancia del disfrute por las mujeres del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida, insta a los estados a eliminar la violencia contra las mujeres, por considerarla una violación de los derechos humanos; de otro lado el Ecuador, ha ratificado la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (1995), consecuentemente se ha comprometido a actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, violación de derechos humanos que ocurre tanto en espacios públicos como privados, dentro del hogar o de la comunidad, perpetrada por individuos o agentes estatales[45].

En este orden de ideas, los y las constituyentes imponen en el artículo 81 de la Constitución "se establecerán procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar", mandato que, sumando el artículo 192, el último caso del Código Orgánico de la Función Judicial, que no reconocer fuero para estos casos, "considerando el procedimiento expedito y la intervención oportuna requerida", dejan clara la urgencia de resolver estos casos en un plazo mínimo, teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, la vida, la integridad de las víctima; la posibilidad de recurrir en casación significaría ampliar el período de riesgo e inseguridad de las mujeres y desoír la obligación de tomar medidas oportunas acordes a los estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres a acceder a un servicio judicial idóneo y efectivo, en aplicación de los principios de celeridad y oportunidad, principios que, deben ser interpretados y aplicados de manera que el carácter definitivo de la sentencia fortalezca la garantía de una tutela efectiva práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.[46]

La norma procesal dispone:

"**Art. 643. Reglas.** El procedimiento para juzgar la contravención penal de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se sustanciará de conformidad con las siguientes reglas:

[...]

18. La sentencia se reducirá a escrito con las formalidades y requisitos previstos en este Código y los sujetos procesales serán notificados con ella.

19. Los plazos para las impugnaciones corren luego de la notificación y la sentencia puede ser apelada ante la o el juzgador competente de la Corte Provincial respectiva."

c. Respecto a las contravenciones de tránsito.

"**Art. 644. Inicio del procedimiento.** Son susceptibles de procedimiento expedito todas las contravenciones de tránsito, flagrantes o no.

[...]

La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, será de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial, <u>únicamente si la pena es privativa de libertad</u>.

[...]" (Lo subrayado nos corresponde)

Esto es importante pues la apelación permite el derecho al doble conforme, siempre y cuando la pena sea privativa de libertad.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[45] Artículos 2 y 7 de la Convención de Belem do Pará.
[46] Los dos párrafos precedentes al número de esta nota, corresponden al aporte de la doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, añadidos en sesión del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de 04 de febrero de 2015.

30. Respecto a contravenciones cometidas por adolescentes, se considera:

a) Las y los adolescentes pueden cometer contravenciones.

b) La regla de los recursos se prevé en la disposición 41, de la Décimo Cuarta Disposición Reformatoria, de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, que se refiere al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**:**

"41. Sustitúyase el artículo 366 por el siguiente:

'**Art. 366. Recursos.** Los recursos de apelación, nulidad, hecho, casación y revisión proceden de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal.' "

El recurso de hecho, sabemos, no consta en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Sobre la nulidad procesal que la jueza o el juez debe declarar de oficio o a petición de parte, ya no constituye un recurso, en el Código Orgánico Integral Penal, es un mecanismo de control; sin embargo en la reforma al Código Orgánico de la Función Judicial, que se introduce en el numeral 12 de la Disposición Reformatoria Segunda de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, se dice que a las Cortes Provinciales les corresponde:

"1. Conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación y nulidad, incluso los que provengan de sentencias dictadas en procesos contravencionales y los demás que establezca la ley."

c) En consecuencia, las contravenciones cometidas por adolescentes, con lo relacionado a casación, sigue las reglas generales expuestas en este precedente.

31. Se responde al segundo problema jurídico:

I. Es pertinente impugnar las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia, en todos los procesos por contravenciones penales comunes (o de policía).

II. Es pertinente impugnar las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia, en todos los procesos por contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

III. En procesos por contravenciones de tránsito, el recurso de apelación sólo cabe en contra de las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia cuando se puna con privación de libertad. No cabe apelar la sentencia que imponga otro tipo de pena."

La Ley no ha dispuesto en contrario.

En el nuevo modelo penal de justicia ordinaria que desarrolla el Código Orgánico Integral Penal, los recursos no son etapa del procesamiento (Art. 589), sino expresión del derecho a impugnar las decisiones judiciales, que puede o no ser ejercido, en el primer caso, deben cumplirse requisitos de fondo y de forma.[47]

3.10. La sentencia condenatoria a mujer embarazada, y contra persona adulta mayor, que han cometido contravención sancionada con pena privativa de libertad.

La mujer embarazada y la y el adulto mayor son personas que están en situación de atención prioritaria por su vulnerabilidad, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 35, declara:

[47] Esto a diferencia del diseño del modelo del Código de Procedimiento Penal, que los consideró como etapa procesal.

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

Esto concuerda con otras garantías constitucionales, y disposiciones pro niño por nacer y su madre; y, la y el adulto mayor:

- Constitución de la República del Ecuador:

"**Art. 38.-** El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En particular, el Estado tomará medidas de:

[...]

7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario.

[...]"

"**Art. 43.-** El Estado garantizará 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."

En este sentido el Código Orgánico Integral Penal, ordena:

"**Art. 624.- Oportunidad para ejecutar la pena.-** La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia.

En los casos de personas adultas mayores, las penas privativas de libertad se cumplirán en establecimientos especialmente adaptados para su condición.

Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia, sino noventa días después del parto. Durante este periodo, la o el juzgador ordenará que se le imponga o que continúe el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónico para garantizar el cumplimiento de la pena." (el subrayado nos corresponde).

- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, único cuerpo legal al que el Código Orgánico Integral Penal reconoce validez penal, dispone:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

"**Art. 23.- Protección prenatal.-** Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.

El Juez podrá ampliar este plazo en el caso de madres de hijos con discapacidad grave y calificada por el organismo pertinente, por todo el tiempo que sea menester, según las necesidades del niño o niña.

El responsable de la aplicación de esta norma que viole esta prohibición o permita que otro la contravenga, será sancionado en la forma prevista en este Código."

Esto lleva a concluir que en caso de contravenciones cometidas por adultos mayores o por mujeres embarazadas, la privación de libertad como pena no es la finalidad del derecho punitivo contravencional, por lo que en cada caso la jueza o el juez competente buscará la medida correspondiente, y no mantendrá a la o al contraventor privado de libertad.

3.11. El efecto suspensivo y el efecto devolutivo de los recursos interpuestos y aceptados a trámite.

El efecto suspensivo, en líneas generales, es la consecuencia de plantear un medio impugnatorio, impide -hasta tanto no sea resuelta la impugnación- la ejecución del acto procesal sometido a la doble instancia. Esto no es sino la aplicación del principio de *appelatione pendente nihil innovarum*. La impugnación tiene curso en efecto devolutivo, cuando la formulación del recurso, por mandato legal no detiene el cumplimiento del acto procesal impugnado. Comúnmente este último efecto se da tratándose de resoluciones que no sean la sentencia u otras que dispongan la conclusión del proceso, y se funda en la necesidad de evitar la dilación del litigio.[48]

El efecto devolutivo, denominado también efecto de transferencia, según Véscovi[49]:

"[...] responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época en que, por derivar la facultad de juzgar del emperador y éste la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquél se producía realmente mía devolución de dicho poder."

La interposición de un recurso no afecta a la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia. Pero, si el recurso es devolutivo, la jurisdicción pasa a ostentarla el tribunal 'ad quem', con independencia de que el 'a quo' pueda mantener su competencia para la adopción de determinadas medidas provisionales.[50]

La regla para distinguir uno y otro caso es la prevista en el artículo 652.6, del Código Orgánico Integral Penal:

"**Art. 652.- Reglas generales.-** La impugnación se regirá por las siguientes reglas:

[...]

6. La interposición de un recurso suspenderá la ejecutoria de la decisión, con las salvedades previstas en este Código.

[...]"

[48] http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4079/1/09118.pdf, consultado el martes 15 de septiembre de 2015.
[49] VESCOVI, Enrique (1988): Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 55.
[50] GIMENO SENDRA, Vicente (2007): Derecho Procesal Civil. Tomo I, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, pág 554.

A manera de ejemplo podemos decir, dictado el auto de prisión preventiva, por más que exista un recurso debidamente interpuesto y legalmente concedido, contemplado en la norma procesal penal, como el de apelación, esta impugnación no dará lugar a la suspensión de la medida cautelar, pues el marco jurídico de esta y los efectos es el siguiente:

> "**Art. 522.- Modalidades.-** 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:
>
> [...]
>
> 6. Prisión preventiva."
>
> "**Art. 520.- Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.-** La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:
>
> [...]
>
> 5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.
>
> 6. <u>La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección</u>.
>
> [...]" (el subrayado nos corresponde)
>
> "**Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.-** En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente."
>
> "**Art. 652.- Reglas generales.-** La impugnación se regirá por las siguientes reglas:
>
> [...]
>
> 6. La interposición de un recurso suspenderá la ejecutoria de la decisión, con las salvedades previstas en este Código.
>
> [...]"
>
> "**Art. 653.- Procedencia.-** Procederá el recurso de apelación en los siguientes casos:
>
> [...]
>
> 5. De la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal."

Así cuando una persona es aprehendida en delito flagrante, llevada oportunamente ante jueza o juez competente, formulados los cargos en su contra y dispuesta su prisión preventiva, tiene derecho de apelación, pero tal oposición no conlleva que la autoridad judicial ordene su libertad. Ocurre lo mismo si la persona procesada acude ante la autoridad en libertad, le son formulados los cargos y se dispone su prisión preventiva, tal "mandato se cumplirá a pesar de interponer apelación".

El Código Orgánico Integral Penal, prevé una figura por la cual, aún en caso de impugnarse una sentencia, el efecto del recurso es diferente:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Las medidas cautelares caducan, la aprehensión tiene un plazo de duración en que es lícito mantener a una persona privada de libertad:

> "**Art. 541.- Caducidad.-** La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas:
>
> [...]
>
> 2. El plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva. **Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos.** (negrillas son nuestras).

La aprehensión tiene un plazo para su caducidad: veinticuatro horas, trascurrido el mismo sin una formulación de cargos y sin que se haya dispuesto la prisión preventiva, deja la aprehensión de ser lícita y la persona arrestada debe ser puesta en libertad.

La materia contravencional, que como hemos dicho, procesalmente es un sistema especial, limitado, rápido, una vez que una persona ha sido sorprendida en flagrancia, ésta es aprehendida, y es llevada ante el juez, se procederá a su juzgamiento en una audiencia única, emitida la sentencia condenatoria, de ser el caso, ¿debería salir libre la persona sentenciada a pena privativa de libertad por haber interpuesto el recurso de apelación? La ley procesal penal en materia de contravenciones flagrantes, ha guardado silencio a este respecto, por una parte, al concentrarse a más tardar en veinticuatro horas luego de la aprehensión, todas la etapas del proceso, con excepción de la expresión del derecho a recurrir a través de la impugnación, en una sola audiencia, no cabría la implementación de medida cautelar de prisión preventiva, frente a esa supuesta carencia, tampoco existiría interrupción de caducidad alguna de medida que aparentemente no existe. Pero esta aparente carencia, esta limitación del derecho contravencional, no es suficiente para que los preceptos constitucionales que buscan asegurar la comparecencia del acusado al proceso, el cumplimiento de la pena, la protección de la víctima y la reparación integral, se vean soslayados, pues ya hemos dicho que el derecho contravencional busca celeridad procesal, no impunidad, pero no por ello puede afectar el ejercicio de los derechos de alguno de los sujetos procesales ni tampoco limitar el desarrollo de las garantías constitucionales.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Con el fin de interpretar la norma, en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República[51], debemos volver la mirada a la figura de la aprehensión, institución regulada en el Código Orgánico Integral Penal, en el capítulo de las medidas cautelares. Sin lugar a dudas la aprehensión, en materia de contravenciones flagrantes, sometidas a un procedimiento expedito, cumple con la función de asegurar la comparecencia del procesado al proceso (en una sola audiencia se acumulan los diferentes momentos y etapas del proceso penal ordinario, como por ejemplo: calificación de la flagrancia, validez procesal, evaluación de los elementos probatorios, juicio oral, etc.), el cumplimiento de la eventual pena, la protección de la víctima (recordemos los casos de contravenciones contra la mujer y demás miembros del núcleo familiar) y la reparación integral. Por ende, es indudable que la aprehensión, en materia contravencional flagrante es una medida cautelar especial, que, debe subsistir de su límite temporal de veinticuatro horas, si es que el condenado en audiencia única de juicio presenta recurso de apelación por sobre aquella sentencia. Esta interrupción del límite al que está sujeta la aprehensión es necesaria para evitar la impunidad en las contravenciones flagrantes que ameritan pena de privación de libertad.

Es aquí donde cobra relevancia la distinción entre la situación de quien se encuentra en situación de contraventor que está en flagrancia y quien no lo está, para el primer caso la sentencia condenatoria

[51] Art. 13 del COIP.- 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.

ordena el cumplimiento de la pena privativa de libertad y no su libertad, para el segundo caso, la sentencia condenatoria ordena que sea capturado y se cumpla la pena privativa de libertad, en este caso la apelación impide que se cumplía la orden judicial y se gire la boleta de captura; sin embargo, para el primer caso no implica su libertad pues su efecto no está en la ley.

La regla de la libertad de una persona procesada, dice

> "**Art. 619.- Decisión.-** La decisión judicial deberá contener:
>
> [...]
>
> 5. En caso de que se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada, el tribunal dispondrá su inmediata libertad, si está privada de ella, revocará todas las medidas cautelares y de protección impuestas y librará sin dilación las órdenes correspondientes. La orden de libertad procederá inmediatamente incluso si no se ha ejecutoriado la sentencia o se han interpuesto recursos.
>
> [...]" (lo subrayado nos corresponde).

Que es concordante con el mandato constitucional 77.10:

> "Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:
>
> [...]
>
> 10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.
>
> [...]"

No existe una regla que disponga la libertad de la o del contraventor condenado a pena privativa de libertad, sin que haya cumplido luego de la sentencia de condena, por el hecho de haber expresado su derecho a recurrir.

Por lo expuesto, resulta necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución de la República y la ley, emita una resolución con fuerza generalmente obligatoria, que regule la situación presentada cuando una persona sea sorprendida cometiendo una contravención flagrante que amerite pena privativa de libertad, ésta deberá ser aprehendida y juzgada de conformidad con el procedimiento determinado en el Código Orgánico Integral Penal; en el caso de ser declarada su culpabilidad, podrá interponer recurso de apelación, de conformidad con el inciso 5, del artículo 644 ibídem; empero, no recobrará su libertad, puesto que la emisión de la sentencia de condena concluye la posibilidad de la caducidad del plazo de veinticuatro horas que tiene la aprehensión como medida cautelar especial en las contravenciones flagrantes que ameritan pena privativa de libertad, y la interposición de un recurso de apelación no tiene prevista en la ley, la orden de libertad de la contraventora o del contraventor condenado; hacer lo contrario, provocaría impunidad; puesto que, bajo ningún parámetro se protegería la pretensión del Estado ecuatoriano, reflejada en el espíritu del legislador, el cual es asegurar la comparecencia del procesado al proceso penal, proteger a la víctima, asegurar el cumplimiento de la pena y la reparación integral, situación extraña al sistema penal ecuatoriano.

Se conocen de casos en que el contraventor flagrante condenado a pena privativa de libertad, por violencia contra la mujer, ha presentado recurso de apelación, se lo dio a trámite y con ello obtuvo —indebidamente— su libertad, volviendo a acceder física y moralmente la víctima, a quien ha agredido, e incluso matado.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Otra de las consecuencias de entender el recurso de apelación en las situaciones descritas y la libertad de la persona procesada, radica en la prescripción de la acción, y la impunidad.

El Juez Luis Gustavo Enríquez, en su consulta expone las consecuencias de obrar en el equívoco.

3.12. La prescripción de la acción y la pena al tratarse de contravenciones.

La ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en la sentencia No. 20-10-SCN-CC, de 19 de agosto de 2010, sobre la prescripción de la acción penal, estableció:

> "SEPTIMA.- Es sabido que la prescripción en materia penal, como en las demás ramas del derecho, obedece al fenómeno uniformemente reconocido de la influencia del tiempo en las relaciones humanas, y consiste en la cesación de la potestad represiva del Estado por el transcurso de un determinado espacio de tiempo, en ciertas condiciones, sin que el delito haya sido perseguido o sin que la pena haya sido ejecutada. Su fundamento hay que buscarlo "en la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado" Ferrer Sama.
>
> OCTAVA.- Siendo la prescripción un mecanismo que, eventualmente. puede ser invocado por los sujetos pasivos del proceso penal en caso de que los jueces y tribunales no los tramiten en los plazos determinados en la ley, es indudable que la alegación de prescripción debe ser atendida por los juzgadores, por constituir un derecho de los imputados en un ilícito, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la norma penal pertinente, pues el respeto de este derecho constituye una garantía del debido proceso, conforme lo dispuesto en el artículo 76, numeral 1 de la Constitución de la República. Esta es la regla general que hace efectivo el cumplimiento de las normas y el respeto de los derechos de las partes que intervienen en un proceso judicial."

Garantiza el Código Orgánico Integral Penal:

> "**Art. 416.- Extinción del ejercicio de la acción penal.-** El ejercicio de la acción penal se extinguirá por:
>
> 1. Amnistía.
>
> 2. Remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción.
>
> 3. Una vez que se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal.
>
> 4. Muerte de la persona procesada.
>
> 5. Prescripción."
>
> "**Art. 417.- 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:
>
> 1. Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este Código.
>
> 2. Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso.
>
> 3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal:
>
> a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido.

c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese.

d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente.

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.

5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella.

6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento."

"**Art. 75.- Prescripción de la pena.-** La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.

2. Las penas no privativas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento.

La prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada.

3. Las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en el mismo plazo que las penas restrictivas de libertad o las penas no privativas de libertad, cuando se impongan en conjunto con estas; en los demás casos, las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en cinco años.

La prescripción requiere ser declarada.

No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales."

No es la intención del trabajo oponerse a la prescripción de la acción o de la pena por contravenciones, bien sabemos que esta figura resulta odiosa cuando se causa cosa juzgada fraudulenta en tratándose del delito contra el derecho internacional de los derechos humanos.

La posibilidad de discutir hasta por un año la comisión de una contravención flagrante, cuya pena expira en pocos días convertiría al modelo de justicia en ineficaz.

4.- RESOLUCIÓN DEL PLENO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 01-2016

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que:

El Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano protege los derechos de los justiciables, y de las víctimas;

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a un debido proceso, a la seguridad jurídica, una de cuyas expresiones es la legalidad del trámite, conforme reconoce en su artículo 76.3, según el cual, los procedimientos pueden ser ordinarios o especiales, correspondiendo el procedimiento expedito a estos últimos;

Las contravenciones penales, las contravenciones de tránsito terrestre, la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, están sometidas en su juzgamiento al procedimiento expedito, con los principios específicos, garantías y reglas de procesamiento propias, de acuerdo a cada infracción;

En los hechos se presentan contravenciones sancionadas con pena privativa de libertad cuyos responsables son sorprendidos en situación de flagrancia, a quienes por mandato constitucional y procesal penal debe juzgarse dentro del plazo de veinticuatro horas;

El derecho a doble instancia está garantizado conforme la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el Código Orgánico Integral Penal; sentencias de origen internacional, así como de la Corte Constitucional del Ecuador; y, resoluciones de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con carácter generalmente obligatorio que están vigentes;

Se han presentado dudas expuestas por juezas y jueces, en el sentido de conocer si una persona es condenada a pena privativa de libertad por contravención, sea penal, contra la mujer o miembros del núcleo familiar o tránsito, cuyo procesamiento se inició con privación de libertad en situación de flagrancia, e interpone recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, debe disponerse su libertad hasta que se tramite y resuelva el medio de impugnación interpuesto.

En ejercicio de la facultad conferida por el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 180.6,

EXPIDE la siguiente:

RESOLUCIÓN

ARTÍCULO ÚNICO.- En todos los casos de contravenciones en situación de flagrancia sancionadas con pena de privación de libertad, pronunciada la decisión judicial de condena en la audiencia única de juicio, de inmediato se reducirá a escrito la sentencia; la interposición del recurso de apelación no implica que la o el contraventor sea puesto en libertad.

Esta Resolución, regirá desde su publicación en el Registro Oficial, será de cumplimento generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

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

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (V.C.), Dra. Tatiana Pérez Valencia (V.C.), Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dra. Beatriz Suárez Armijos CONJUEZA NACIONAL. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

SE IMPLEMENTA EL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES, SE UNIFICA LA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y LA ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS

RESOLUCIÓN No. 1A-2016
Suplemento del Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Por disposición de la Constitución de la República de Ecuador la Corte Nacional de Justicia tiene 4 atribuciones fundamentales: a) ser el tribunal de casación y revisión; b) desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios fundamentado en los fallos de triple reiteración; c) ser juez de los servidores y las servidoras públicos/as que ostentan fuero; y finalmente, d) tener y ejercer la iniciativa legislativa en temas relacionados con la función de administración de justicia. La ley,[1] por su parte, desarrolla algunas funciones adicionales entre las que podemos destacar por su importancia, la resolución de conflictos de competencia entre salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; y, la expedición de resoluciones en caso de duda u oscuridad de la ley.

La función de desarrollar un sistema de jurisprudencia obligatoria tiene por fundamento la modificación sustantiva del sistema de fuentes del derecho que transformó radicalmente el papel de la jurisprudencia en el sistema jurídico.

Este sistema fue el asumido por el legislador ecuatoriano en 1993 cuando se expidió la Ley de Casación y está claramente desarrollado en el artículo 19 de esa ley. Este artículo determinaba: i) que todas las sentencias de casación constituían criterio auxiliar de aplicación de la ley (jurisprudencia indicativa); ii) y a la vez que la triple reiteración de un fallo de casación, sin ningún trámite adicional, transformaba ipso facto a esta jurisprudencia indicativa en precedente jurisprudencial obligatorio, con la consecuencia de que este precedente se transformaba en vinculante para todos los jueces a la hora de interpretar y aplicar el derecho vigente, excepto para la propia Corte Suprema.

[1] Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

El problema evidente de este mecanismo de generación de jurisprudencia era su informalidad; pues la sola reiteración de los fallos constituía jurisprudencia obligatoria. El resultado: habían fallos de triple reiteración con distintos o diversos criterios sobre una misma cuestión jurídica.

Más, con la vigencia de la Constitución de 2008, se dio un cambio positivo porque a partir de octubre de 2008, el precedente jurisprudencial, se sustenta en la reiteración por tres o más ocasiones de un mismo criterio sobre un mismo punto, que antes de convertirse en precedente obligatorio esas sentencias de las salas especializadas de la Corte Nacional deben pasar por el control material de su Pleno para que éste, después de una amplia discusión, establezca formalmente el precedente a través de una resolución. Adicionalmente, el precedente jurisprudencial actual no se circunscribe al establecimiento de reglas normativas, sino que incluye aspectos fácticos y probatorios, así como las cuestiones argumentativas que, según la teoría jurídica contemporánea, también hacen parte de la *ratio decidendi* de la sentencia.

Sin embargo, todo este sistema jurisprudencial requiere para su cabal implementación, de la existencia de un sistema de información que permita a las juezas y jueces de la Corte Nacional conocer y manejar los argumentos que históricamente han servido de base para sus sentencias. A pesar de los esfuerzos realizados por salas, tribunales y juzgadores de la Corte Nacional ese sistema de información no se ha consolidado suficientemente. Uno de esos escollos ha sido justamente no contar con una herramienta clara para la identificación y sistematización de las líneas argumentales sobre las cuales se han construido las decisiones jurisdiccionales fundamentales de la Corte.

Una de estas herramientas es, justamente, la implementación de un sistema de líneas jurisprudenciales, que es un procedimiento de clasificación y sistematización de las decisiones de la Corte a partir de un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí.

En términos sencillos una línea jurisprudencial consiste en el mapeo del conjunto de posibles respuestas concretas que los jueces y tribunales de justicia han hecho a un problema jurídico específico en un plazo determinado. Este mapa de decisiones, en los sistemas donde operan las líneas jurisprudenciales ayuda a identificar o a generar un precedente[2].

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Esta herramienta pone especial atención a la forma en que los jueces justifican la decisión y no tanto en la decisión misma; porque esa línea argumental es la que permite determinar con exactitud la doctrina de los jueces respecto de un problema concreto. A través de la línea jurisprudencial es posible identificar si una argumentación primaria se ha mantenido igual, se ha ido perfeccionando o definitivamente ha cambiado; y permite hacer explícitos los patrones de permanencia o cambio en las decisiones y el modo en que se éstas se producen. También permite ver con claridad el proceso de construcción de los consensos y la profundidad de los disensos en las salas, tribunales y Cortes; pero sobre todo la construcción de líneas jurisprudenciales es indispensable si queremos conocer y manejar la doctrina jurisprudencial vigente de un juez o tribunal de la Corte Nacional de Justicia en un momento dado sobre un problema jurídico específico.

En este contexto, la creación de líneas jurisprudenciales que permitan identificar la evolución de la doctrina judicial en determinadas materias se convierte en trascendental para garantizar la unificación de criterios, la seguridad jurídica y la posibilidad de que en un período relativamente corto de tiempo se cree derecho jurisprudencial stricto sensu, tal como manda la Constitución en el artículo 185, en concordancia con el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

---

[2] López Diego, El Derecho de los jueces, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2014, pp. 141 y sig.

Ahora bien, implementar este sistema de información jurisprudencial también requiere del establecimiento de un nuevo modelo formal de sentencias para la Corte Nacional, que permita identificar de una manera más sencilla los argumentos y las líneas argumentativas de la Corte sobre cualquier cuestión jurídica. Esto debido a que uno de los problemas que se ha identificado como causa de la carencia de líneas jurisprudenciales es justamente que la heterogeneidad de estructuras que manejan las diferentes salas, tribunales y jueces de la Corte Nacional.

Sin querer atentar contra el principio de la independencia interna de los jueces, esta suerte de homologación formal de las sentencias busca facilitar la identificación y sistematización de la jurisprudencia y al tiempo de favorecer la expedición de precedentes obligatorios, asegurar la aplicación de la Constitución, del Código Orgánico de la Función Judicial y la seguridad jurídica para todos los ecuatorianos.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que con la vigencia de la Constitución de la República, el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano se transformó radicalmente, atribuyéndole la capacidad de crear derecho objetivo a la jurisprudencia que, dejó de ser tan sólo un criterio de interpretación de la ley para convertirse en fuente directa del derecho;

Que la Constitución, en el artículo 184.2, establece que la Corte Nacional de Justicia tiene la atribución de desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración;

Que la Constitución de la República en el artículo 185 y el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 182, determinan el procedimiento a seguir por parte de las salas especializadas de la Corte Nacional para crear un precedente jurisprudencial obligatorio a partir de por lo menos tres sentencias que reiteren una misma opinión sobre un mismo punto de derecho;

Que la Corte Nacional de Justicia, desde su conformación en diciembre de 2008, ha expedido un importante número de Resoluciones que fijan precedentes jurisprudenciales obligatorios basados en fallos de triple reiteración;

Que para garantizar la seguridad jurídica y la uniformidad de la jurisprudencia es importante instaurar una metodología de trabajo más adecuada que permita identificar y sistematizar las líneas jurisprudenciales a fin de desarrollar de una manera ordenada y accesible los precedentes jurisprudenciales derivados de los fallos de triple reiteración;

Que para facilitar el trabajo de identificación y sistematización de las líneas jurisprudenciales es necesario uniformizar la forma de las sentencias de las distintas salas de la Corte Nacional de Justicia;

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

I. DE LA IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

1. Establecer el siguiente procedimiento (metodología) para la identificación, construcción y sistematización de las líneas jurisprudenciales de cada una de las Salas de la Corte Nacional de Justicia:

PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

En la construcción de líneas jurisprudenciales se seguirán los siguientes pasos:

1. Identificación de un caso relevante;[3]
2. Fijación de los hechos relevantes (Identificación del patrón fáctico común);[4]
3. Identificación del problema jurídico;[5]
4. Fijación de la línea argumental que permite resolver el problema jurídico;[6]
5. Identificación o creación de la sentencia hito;[7]
6. Aplicación concreta de la línea argumentativa de la sentencia hito a casos similares;[8]
7. Graficación o construcción material de la línea jurisprudencial;[9]
8. Definición de la doctrina judicial sobre el punto[10]

[3] Desde un punto de vista jurisprudencial un caso es relevante si participa de algunos parámetros o criterios que deben ser valorados por los jueces. a) la novedad, b) la relevancia jurídica, c) la complejidad del asunto resuelto; y, d) la trascendencia social del caso por ejemplo.

[4] A diferencia de lo que ocurre en el derecho legislado tradicional donde la argumentación jurídica se confunde con la construcción de silogismos cuya premisa mayor son las normas, en el derecho jurisprudencial que promueve la Constitución, el derecho ahora se construye desde el caso concreto, por lo que lo primero y más importante después de la identificación del caso es la fijación de los hechos relevantes. Los hechos son importantes porque sobre ellos se crean las reglas generalmente obligatorias.

[5] El problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea jurisprudencial y que se intenta resolver mediante la decisión judicial. En el derecho jurisprudencial a diferencia del derecho legislado tradicional el problema jurídico no se plantea en términos conceptuales ni está situado en el plano de los derechos abstractos, sino que se estructura como una solución práctica a un conflicto jurídico concreto.

[6] Una vez planteado el problema jurídico se buscan las respuestas posibles que lo resuelven y se escogen aquellas más satisfactorias. La ordenación lógica del conjunto de argumentos jurisprudenciales, normativos y doctrinarios que sirven para justificar esa respuesta se conoce como línea argumentativa, y es el elemento central de una línea jurisprudencial.

[7] Las sentencias hito son aquellas sentencias importantes en las que un juez o tribunal define con autoridad una línea argumentativa. También podemos entender que la sentencia hito es aquella que desarrolla de forma más completa el argumento que resuelve un problema jurídico concreto. Idealmente, en un sistema de derecho jurisprudencial bien desarrollado, las sentencias hito no deben ser las primeras que abordan un problema jurídico, sino que más bien son aquellas que luego de un tiempo prudencial de aplicación de un argumento, ordenan y sistematizan el pensamiento jurídico de un juez o tribunal. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, temporalmente, hasta que desarrollemos las suficientes líneas jurisprudenciales, podemos considerar como sentencias hito aquellas iniciadoras de línea.

[8] En el derecho jurisprudencial ni un precedente ni una doctrina jurisprudencial se pueden construir a partir de una única decisión. El desarrollo de la doctrina jurídica de los jueces es un proceso lento de acumulación de decisiones que tienen en común un similar patrón fáctico, un mismo problema jurídico, identidad argumental, y una identidad en el resultado o solución. También es aconsejable una cercanía temporal. Solo cuando los jueces de un tribunal o sala hayan decidido casos similares con base en una argumentación común, se puede hablar de una doctrina judicial consolidada y podemos construir una línea jurisprudencial, que a la postre desemboque en un precedente obligatorio.

[9] La graficación o construcción material de la línea jurisprudencial es un proceso que se materializa en tres fases: La primera fase consiste en la ubicación del problema jurídico; En la segunda fase se identifican claramente los elementos fundamentales de las distintas respuestas al problema, (línea argumental) y se organizan en una columna las respuestas similares y en otra las potencialmente contradictorias. La tercera fase es la ubicación de los argumentos en el tiempo. La ilustración de estos tres pasos en un cuadro es lo que se conoce ordinariamente como línea jurisprudencial.

[10] La doctrina judicial o jurisdiccional es que la narración sistemática y ordenada de las líneas argumentales (ratio decidendi) de las sentencias que hacen parte de la línea, las cuales deberán incluir hechos, valoración probatoria y normas aplicables.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

9. Identificación de los fallos de triple reiteración;[11]
10. Aprobación del precedente obligatorio.

II. DE LA UNIFORMIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS

2. Unificar la forma de las sentencias expedidas por los tribunales y las salas de la Corte Nacional de Justicia, lo cual se hará sin perjudicar su independencia interna y externa.

3. Aprobar una nueva estructura para las sentencias que emitan los tribunales y salas de la Corte Nacional de Justicia, con base en los parámetros que se indican a continuación:

Corte Nacional de Justicia
Sala especializada de XXXXXXXXXX
Juicio No. xxxxx
RECURSO DE CASACIÓN/REVISIÓN

Jueza/ez Ponente: xxxxxxxx
Quito, xxxx de xxxxx de xxxx. VISTOS:

1. ANTECEDENTES
Los antecedentes deberán contener por lo menos:
a) Una relación circunstanciada de la decisión impugnada
b) Resumen breve de los actos de sustanciación del recurso
c) Enumeración de los cargos admitidos

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
El epígrafe correspondiente a las consideraciones de la Corte deberá contener por lo menos:
a) Un breve estudio de la competencia de la Sala o tribunal
b) La identificación clara del problema jurídico que subyace a cada uno de los cargos contra la sentencia impugnada
c) Examen circunstanciado de cada cargo admitido en relación al problema jurídico
d) La argumentación de la sala o tribunal sobre el problema jurídico
e) En caso de que se admita el recurso frente la sentencia impugnada, deberá existir un epígrafe adicional que contenga la sentencia de instancia que sustituye a la sentencia casada, la cual deberá incluir la valoración probatoria si es que corresponde.

3. DECISIÓN:
Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala de xxxxxx ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:

[11] Una vez identificada la doctrina jurisprudencial aplicable, es posible rastrear dentro de las sentencias expedidas por una sala o tribunal aquellas que reiteren esa doctrina. Cuando se encuentren tres sentencias reiteradas se puede pensar en la elaboración y aprobación de un precedente obligatorio.

III. DE LA APROBACIÓN DE PRECEDENTES OBLIGATORIOS

4. Implementar un nuevo modelo de precedente obligatorio que además de los puntos de derecho considere como jurisprudencia vinculante la parte fáctica, los aspectos probatorios y las consideraciones de fondo, incorporadas en la sentencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 185 de la Constitución.

5. Establecer para el nuevo modelo de precedente obligatorio la siguiente estructura de resolución:

RESOLUCIÓN No. XXX
APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO
LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República de Ecuador en su artículo 184.2 faculta a la Corte Nacional de Justicia para desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración;

Que el artículo 185 de la Constitución determina el procedimiento a seguir por parte de las salas especializadas de la Corte Nacional para crear un precedente jurisprudencial obligatorio a partir de por lo menos tres resoluciones que reiteren una misma opinión sobre un mismo punto de derecho;

Que dicho procedimiento 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 efectos erga omnes:

a) 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;
b) Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
c) Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
d) Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

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:
IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:
La Sala especializada de xxxxxx de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales ha dictado las siguientes sentencias/ autos que recogen el mismo punto de derecho:
Sentencia/auto No. xxxxx de fecha xxx de 20XX
Sentencia/auto No. xxxxx de fecha xxx de 20XX
Sentencia/auto No. xxxxx de fecha xxx de 20XX

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS/AUTOS:

Dichas sentencias/autos resuelven los siguientes problemas Jurídicos:
PJ1. ¿XXXXXX?
PJ2. ¿XXXXXX? [12]

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En tales sentencias la Sala Especializada de lo xxxxxx de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias / autos citados:

a. XXXXXXXXX
b. XXXXXXXXX
c. XXXXXXXXX
d. XXXXXXXXX
e. XXXXXXXXX[13]

Que como resultado del desarrollo de esa línea argumental, la Sala Especializada de xxxxxx de la Corte Nacional de Justicia expuso la siguiente:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX[14]

---

[12] El problema jurídico se debe plantear como una pregunta concreta. Un ejemplo de problema jurídico de un caso real es el siguiente: ¿a pesar de que ni la Constitución ni el COIP establecen textualmente la existencia de una fase de admisión dentro de la casación penal, en aplicación de los principios de economía procesal, celeridad y primacía de lo sustancial sobre lo procesal, existe esa fase en la sustanciación del recurso de Casación penal?

[13] Un ejemplo de línea argumental, sacado de un caso real es la siguiente:
a. El derecho al debido proceso penal, la seguridad jurídica y el principio de legalidad implican que se puede acceder al recurso siempre que se cumpla con ciertas formalidades.
b. En el recurso de casación el cumplimiento de las formalidades comprende el plazo, la presentación escrita del recurso de casación; y, también el señalamiento de la causal con su respectiva fundamentación, es decir una argumentación de los cargos.
c. En presente caso, si bien los recurrentes mencionan una causal de casación, no han expresado la fundamentación del cargo contra la sentencia y por lo tanto el recurso debe ser inadmitido, para evitar la deslealtad procesal y la vulneración del principio de "igualdad de armas".
d. La inadmisión del recurso corresponde al tribunal o sala que fue sorteada para conocer del caso.
e. Por consiguiente, aunque no lo diga expresamente el legislador, en materia de casación penal existe una fase procesal de admisión del recurso.

[14] Un ejemplo de doctrina jurisprudencial sacado de un caso real es el siguiente:
Si una persona presenta un recurso de casación, por escrito y dentro del plazo señalado en el COIP, pero no expresa claramente la causal con su correspondiente fundamentación, esta inobservancia impide al tribunal de casación convocar a la audiencia; porque de hacerlo permitiría una actuación desleal y promovería la vulneración del principio de igualdad. Por lo tanto, el Tribunal competente, previo a convocar a la audiencia debe verificar que el recurso se haya presentado en debida forma (por escrito), dentro del plazo legal (5 días desde la notificación de la sentencia recurrida), y con la expresión de los motivos por los cuales el recurrente interpone el recurso.
En consecuencia, recibido el expediente en casación, el Tribunal designado por sorteo, debe, previo a la convocatoria de la audiencia pública de fundamentación del recurso, determinar si el escrito cumple o no con los requisitos de admisibilidad del mismo. Especialmente debe vigilar que la causal esgrimida esté debidamente fundamentada. En caso de cumplir los requisitos debe, mediante auto admitirse a trámite y en el mismo auto convocar la audiencia de fundamentación del recurso. En caso de que no cumpla con estos requisitos el auto deberá inadmitir el recurso.
Esta doctrina es aplicable tanto a los casos concretos que constituyen jurisprudencia reiterada de esa sala, como a todos aquellos casos similares que se puedan presentar en el futuro.
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia después de estudiar los casos, ratifica los argumentos reiterados y la solución concreta que se ha dado a cada uno de ellos, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales (artículo 184 CRE y 180 numeral 2 COFJ).

RESUELVE

PRIMERO. Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo xxxxxx y por tanto, aprobar el informe de fecha xxxx expedido por el Presidente de dicha Sala.
SEGUNDO. Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala Especializada de XXXXX de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias / autos con fuerza de sentencia de fechas xxxx, xxxx, xxxx y xxxx.
TERCERO. DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE el punto de derecho reiterado en las sentencias de fecha xxxx, xxxx y xxxx; y en tal virtud declarar que CONSTITUYE PRECEDENTE OBLIGATORIO a partir de la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial.
CUARTO. Publíquese en el Registro Oficial.

6. La metodología de identificación de líneas jurisprudenciales y fijación de precedentes obligatorios que se describen en los parágrafos anteriores deberá implementarse en un plazo máximo de 12 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución.

7. La presente resolución tiene vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, Dr. Edgar Flores Mier, CONJUECES NACIONALES. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, LA SENTENCIA DE CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, NO ES SUSCEPTIBLE DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL

RESOLUCIÓN No. 02-2016
Primer Suplemento del Registro Oficial No. 739, de 22 de abril de 2016

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- ANTECEDENTES

1.1.- El doctor Cayo Cabrera Vélez y la abogada Mirian Pulgarín Muevecela, jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, hacen la siguiente consulta:

Sobre la procedencia de la suspensión condicional de la pena cuando se ha aplicado el procedimiento abreviado.

Se ha generado una duda en torno a este punto, tanto así que, mientras para unos jueces de los Tribunales de Garantías Penales es improcedente la aplicación de la suspensión condicional de la pena en los procesos resueltos mediante la aplicación del procedimiento abreviado, para otros jueces sí es procedente esa aplicación.

CRITERIO A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN LOS CASOS RESUELTOS MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Que la exigencia legal es solamente que se cumplan los presupuestos legales contenidos en los cuatro numerales del art. 630 del Código Orgánico Integral Penal, verificado el cumplimiento de los mismos se resuelve a favor de la suspensión condicional de la pena.

CRITERIO EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN LOS CASOS RESUELTOS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Que, además del cumplimiento de los presupuestos legales contenidos en los cuatro numerales del art. 630 del Código Orgánico Integral Penal, el requisito sine quo non es que el proceso se haya resuelto en audiencia de juicio, en estricto apego del primer inciso del artículo antes invocado; consecuentemente, si el proceso fue resuelto mediante la aplicación del procedimiento abreviado no se cumple un presupuesto fundamental; y, además, por cuanto se sostiene que el procedimiento abreviado implica la negociación de una pena entre los sujetos procesales, misma que habiendo sido aceptada por el procesado debe ser cumplida y de ninguna manera suspendida bajo condiciones.

Esta dicotomía, ha generado resoluciones diferentes en los Tribunales de Garantías Penales del Azuay, por lo que resulta urgente una resolución al respecto, a fin de clarificar el alcance de la norma invocada.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.2.- El doctor Jaime Edmundo Andrade Jara, Juez "H" de la Unidad Judicial Penal de Cuenca, hace la siguiente consulta:

¿Puede concederse la suspensión condicional de la pena, luego que al haberse cambiado la naturaleza de la audiencia de juicio directo y haberse dado paso al procedimiento abreviado, se haya dictado sentencia condenatoria, a sabiendas que el procedimiento abreviado no es un juicio completo, como dice la doctrina?.-

2.- DEL TRÁMITE

2.1.-Con la vigencia de la Constitución de la República de 2008, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, bajo ese parámetro se garantiza, entre otros, el respeto a los derechos humanos, a la igualdad formal y material, a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso, a ser juzgado por un juez competente y a la seguridad jurídica; se determina, además, que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia[1].

[1] El artículo 1 de la Constitución de la República reza: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia…"; el artículo 75 ibídem dice: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"; finalmente el artículo 82 de la norma suprema, expresa: "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".

2.2.- En coherencia con la norma constitucional, y con el fin de velar por la progresión de los preceptos antes expuestos[2], el Código Orgánico de la Función Judicial determina que periódicamente los señores jueces y juezas de las diversas instancias a nivel nacional, enviarán a las Cortes Provinciales, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, **con expresión de las razones en que se funden**. De ahí que al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde poner en consideración del Pleno las consultas formuladas por las juezas y jueces, siendo aquel cuerpo colegiado, quien debe expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes.[3]

2.3.- Para que las consultas emitidas por las Cortes Provinciales, sean debidamente canalizadas, se encuentra en vigencia la resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 20 de mayo de 2009, y publicada en el Registro Oficial 614 de 17 de junio de 2009.[4]

2.4.- En conocimiento de lo expuesto, se observa que en el presente caso, la consulta propuesta por el doctor Cayo Cabrera Vélez y la abogada Mirian Pulgarín Muevecela, jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, y el doctor Jaime Edmundo Andrade Jara, Juez "H"· de la Unidad Judicial

---

[2] Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República: 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.

[3] Artículo 126 del Código Orgánico de la Función judicial: "Las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, **con expresión de las razones en que se funden**." (negrillas y subrayado es nuestro) Artículo 129, numeral 8, ibídem: "A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: 8. Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen;" Artículo 180, numerales 4 y 6 del mismo cuerpo normativo: "Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidenta o Presidente a la Asamblea Nacional; 6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial;", Finalmente, el artículo 199, numeral 4, ibídem, reza: "A la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 4. Poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas;"

[4] "Artículo 1.- Los jueces de primer nivel **enviarán debidamente motivadas**, las consultas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes y anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejerzan, al correspondiente Presidente de la Corte Provincial. De la misma forma, las Cortes Provinciales podrán presentar las consultas directamente a la Corte Nacional de Justicia. Artículo 2.- El Presidente de la Corte Provincial de Justicia, enviará la consulta o el anteproyecto de ley al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, debidamente motivado en lo relativo a la consulta o al anteproyecto de ley. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia presentarán la consulta o el anteproyecto de ley al Presidente de dicho organismo, con la respectiva fundamentación. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia podrán acoger y hacer suyos propios los anteproyectos de ley y las consultas que presenten otros organismos o instituciones del Estado, entidades de carácter privado o personas particulares, en asuntos relativos a la administración de justicia. Artículo 3.- El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en forma previa a poner la consulta o el anteproyecto de ley, en consideración del Pleno de dicho Organismo, dispondrá que la Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, presente un informe motivado acerca de la consulta o anteproyecto de ley. Artículo 4.- El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, con el informe de la Asesoría Jurídica, pondrá la consulta o el anteproyecto de ley en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para su resolución. Artículo 5.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia dispondrá que el Secretario General dé lectura del informe que emita Asesoría Jurídica sobre la consulta o anteproyecto de ley; y, luego del correspondiente debate, dictará la resolución por mayoría de votos conformes. Artículo 6.- La resolución que dicte la Corte Nacional de Justicia acerca de la consulta, de conformidad con lo prescrito en el artículo 180, numeral 6, del Código Orgánico de la Función Judicial, será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la ley. Aprobado un proyecto de ley, se lo presentará a la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134, numeral 3, de la Constitución de la República del Ecuador." (subrayado y negrillas es nuestro). Texto disponible en: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/14%20Consultas%20de%20los%20jueces-procedimiento.pdf

Penal de Cuenca, han sido dirigidas mediante oficio al Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, quien a su vez la ha direccionado al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Revisadas las consultas se desprende que éstas cumplen con el trámite propio para este tipo de casos; y, contienen un requisito mínimo de motivación establecido en la ley y en la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que han sido enunciados *up supra.*

3.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LA CONSULTA EN CONCRETO.-

3.1.- En nuestro ordenamiento jurídico, se garantiza el debido proceso, dentro del cual, uno de sus componentes resulta ser el principio de legalidad, tenemos así que el artículo 76.3 de la Constitución de la República 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: 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.[5]

Encontramos, entonces, que el principio de legalidad, hace relación, entre, otros aspectos, con la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico, exista un procedimiento aplicable al caso concreto, esto como un pilar fundamental en el que se sustenta la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.[6]

3.1.1.- La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, dentro de la sentencia Fermín Ramírez vs. Guatemala, del 18 de junio de 2005, al tratar a lo que denomina debido proceso adjetivo, al preceptuarlo, hace alusión a la Opinión Consultiva OC-18, párrafo 123, e indica que la Corte ha dicho que es el "(...) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (…) acto del Estado que pueda afectarlos." Hace relación también a la Opinión Consultiva OC-16, párrafo 117 que dice:

> (...) es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[5] El precepto constitucional tiene coherencia con la norma supranacional, tenemos así que el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."
Al desarrollar el precepto constitucional, el COIP, en su artículo 5 numeral 1, expone: "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: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla."

[6] Art. 82 de la Constitución de la República: "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."

3.2.- En varias ocasiones hemos sostenido que el Código Orgánico Integral Penal, adopta algunas instituciones jurídicas que resultan ser relativamente nuevas en nuestro sistema penal y que responden a las modernas corrientes doctrinales asumidas por el pensamiento jurídico[7], entre estas instituciones encontramos al procedimiento abreviado y a la suspensión condicional de la pena; para cada una de éstas el COIP, otorga un procedimiento especial y requisitos que deben cumplirse para su aplicación.

3.3.- El procedimiento abreviado está regulado a partir del artículo 635 al 639 del COIP. Este procedimiento especial tiene sustento en la necesidad de que los juicios en materia penal tengan una respuesta ágil y socialmente aceptable en términos de calidad, mediante un procedimiento oral, rápido y eficaz[8], otorgando al conflicto penal una prosecución y solución distinta a la ordinaria, en aquellos delitos de baja penalidad o menos graves, sujetos siempre a todas y cada una de las garantías y principios que orientan al procedimiento penal ecuatoriano[9], en relación con los postulados constitucionales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, así como con aquellos expuestos en la jurisprudencia internacional.[10]

El procedimiento abreviado tiene como característica principal el hecho de que surge a raíz de una negociación o a un acuerdo al que llega la Fiscalía con la defensa del procesado, en cuanto a la admisión del hecho punible que se le atribuye al presunto autor y la pena a serle impuesta; posteriormente este consenso será expuesto ante el juez el que contendrá los hechos, la calificación jurídica y la pena sugerida; quien, resolverá aceptándolo o negándolo, de ser aceptado emitirá sentencia de culpabilidad junto con la pena impuesta, que no podrá ser superior a la sugerida por el fiscal; la que deberá, además, cumplir ciertos parámetros expresamente determinados en la ley.

Necesario resulta enunciar las disposiciones jurídicas del COIP que hacen relación con lo dicho:

> **Art. 635.- Reglas**.- El procedimiento abreviado deberá sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[7] Ideas que las podemos encontrar sentadas en la exposición de motivos con los que la Asamblea Nacional del Ecuador, sustentó la promulgación del COIP.

[8] El artículo Art. 168 de la Constitución de la República que en su numeral 6 determina: "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." El Art. 169 ibídem, reza: "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"
Estos postulados, tienen coherencia a su vez con el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: "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."

[9] Artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del COIP.

[10] Artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República.
Recordemos además que el Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República dice: "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."; e igualmente el inciso primero del artículo 424 ibídem, reza: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica." Pues con ello entendemos la necesidad de incorporar nuevas instituciones que garanticen el desarrollo de los principios y garantías contenidos en la Carta Magna, y que recíprocamente, su existencia se corresponda con el respeto a aquellos postulados.

1. Las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años, son susceptibles de procedimiento abreviado.
2. La propuesta de la o el fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.
3. La persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye.
4. La o el defensor público o privado acreditará que la persona procesada haya prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos constitucionales.
5. La existencia de varias personas procesadas no impide la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado.
6. En ningún caso la pena por aplicar podrá ser superior o más grave a la sugerida por la o el fiscal.

Art. 636.- Trámite.- La o el fiscal propondrá a la persona procesada y a la o al defensor público o privado acogerse al procedimiento abreviado y de aceptar acordará la calificación jurídica del hecho punible y la pena.

La defensa de la persona procesada, pondrá en conocimiento de su representada o representado la posibilidad de someterse a este procedimiento, explicando de forma clara y sencilla en qué consiste y las consecuencias que el mismo conlleva.

La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal.

La o el fiscal solicitará por escrito o de forma oral el sometimiento a procedimiento abreviado a la o al juzgador competente, acreditando todos los requisitos previstos, así como la determinación de la pena reducida acordada.

Art. 638.- Resolución.- La o el juzgador, en la audiencia, dictará su resolución de acuerdo con las reglas de este Código, que incluirá la aceptación del acuerdo sobre la calificación del hecho punible, la pena solicitada por la o el fiscal y la reparación integral de la víctima, de ser el caso.

Art. 639.- Negativa de aceptación del acuerdo.- Si la o el juzgador considera que el acuerdo de procedimiento abreviado no reúne los requisitos exigidos en este Código, que vulnera derechos de la persona procesada o de la víctima, o que de algún modo no se encuentra apegado a la Constitución e instrumentos internacionales, lo rechazará y ordenará que el proceso penal se sustancie en trámite ordinario.

El acuerdo no podrá ser prueba dentro del procedimiento ordinario.

3.4.- La suspensión condicional de la pena está regulada a partir del artículo 630 al artículo 633 del COIP. Consiste en que, dentro del procedimiento ordinario, y luego de que en la audiencia de juicio o en la primera sentencia de condena, se haya sentenciado a una persona a una pena privativa de libertad, quien luego de cumplir con ciertos requisitos en determinados delitos, pueda acogerse a la suspensión de su pena privativa de libertad; a cambio, el juez conforme a los parámetros legales, establecerá algunas condiciones, cuyo cumplimiento será vigilado de forma estricta.

Esta institución genera un beneficio que se lo puede otorgar a aquellos condenados a privación de libertad en el juicio oral o en la primera sentencia de condena; es decir, en el procedimiento ordinario, y cuya peligrosidad no reviste de riesgo alguno para la sociedad, esto con el fin de que puedan ser reeducados, sometidos a exámenes médicos y psicológicos, mientras mantienen una profesión u oficio, o realizan

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

tareas comunitarias; todo ello con la finalidad de que puedan reintegrarse a la sociedad, y luego de que se haya reparado a la víctima.

Es necesario determinar las condiciones que debe cumplir el condenado, y que nos trae la ley, para la implementación de esta figura:

Art. 630.- Suspensión condicional de la pena.- La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.

Art. 631.- Condiciones.- La persona sentenciada durante el período que dure la suspensión condicional de la pena cumplirá con las siguientes condiciones:

1. Residir en un lugar o domicilio determinado e informar cualquier cambio del mismo a la autoridad competente que establezca la o el juzgador.
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
3. No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias.
4. Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.
5. Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios.
6. Asistir a algún programa educativo o de capacitación.
7. Reparar los daños o pagar una determinada suma a la víctima a título de reparación integral o garantizar debidamente su pago.
8. Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por la o el juzgador y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas.
9. No ser reincidente.
10. No tener instrucción fiscal por nuevo delito.

Art. 632.- Control.- La o el juzgador de garantías penitenciarias será el encargado del control del cumplimiento de las condiciones. Cuando la persona sentenciada incumpla cualquiera de las condiciones impuestas o transgreda el plazo pactado, la o el juzgador de garantías penitenciarias ordenará inmediatamente la ejecución de la pena privativa de libertad.

Art. 633.- Extinción.- Una vez que la persona sentenciada haya cumplido con las condiciones y plazos establecidos en la suspensión condicional de la pena, la condena quedará extinguida, previa resolución de la o el juzgador de Garantías Penitenciarias.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.- ¿Es procedente aplicar la suspensión condicional de la pena a quien ha recibido sentencia de condena luego de someterse al procedimiento abreviado?

Tenemos que entre estas dos instituciones se encuentra un requisito común que a primera línea nos llevaría a una respuesta afirmativa, y este es el requisito temporal en cuanto al máximo de la pena que deben tener los delitos susceptibles de la aplicación de las dos instituciones: Para el abreviado un máximo de 10 años, y para la suspensión condicional puede ser en cualquier delito que no pase de 5 años de privación de libertad, es decir una persona que haya sido sentenciada en procedimiento abreviado en un delito que sea sancionado, según el tipo, a un máximo de 5 años, al parecer podría someterse a la suspensión condicional de la pena, en cumplimiento a este límite temporal, sin embargo hay otros requisitos que podrían ser comunes y que se encuentran determinados en el artículo 630 del COIP, que hacen presumir el hecho de que efectivamente una persona sentenciada en procedimiento abreviado, puede cumplir los perfiles y requisitos que nos trae la ley para poder ser sujeta a la suspensión condicional de la pena.

Más allá de estas coincidencias de requisitos legales que deben cumplirse, para la aplicación o no de estas instituciones de forma conjunta, se debe hacer un análisis de su naturaleza y estructura jurídica.

a) El procedimiento abreviado nace de una negociación o acuerdo entre el fiscal y el procesado, con relación al hecho que se le imputa; y a su vez, luego de la aplicación de atenuantes, es beneficiado de una pena de privación de libertad que resulta menor a la que podría obtener de someterse a un proceso ordinario.

Encontramos así que el procesado renuncia a someterse al procedimiento ordinario y se sujeta al abreviado en la cual obtiene una pena privativa de libertad que debe cumplir en el sitio destinado para el efecto, mal entonces, podemos hablar de la posibilidad de aplicar una institución propia del proceso ordinario –la suspensión condicional de la pena- para beneficiar a quien renunció al mismo.

Recordemos que el artículo 630 del COIP, al regular la suspensión condicional de la pena expresamente dice: "La ejecución de la pena privativa de libertad **impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte *en la misma audiencia de juicio* o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos**:...". Basta recordar que en el procedimiento abreviado no existe etapa de juicio, sino que en una sola audiencia se subsumen las etapas. En el abreviado, procedimiento especial, existe una audiencia, también especial, en donde se aceptará o no este tipo de procedimiento y de hacerlo se instalará la audiencia en donde el Fiscal expondrá el acuerdo, el procesado expresamente aceptara el mismo, se podrá escuchar a la víctima, y se dictará la sentencia condenatoria en presencia de los sujetos procesales. Evidente entonces resulta que en este procedimiento especial no existe contradictorio entre Fiscal y procesado, fundamento esencial de la audiencia de juicio, cuya pena privativa de libertad contenida en la sentencia, cumplidos ciertos parámetros, sí es proclive de suspensión condicional; más, esto no es posible en el procedimiento abreviado.

b) Quien se somete al procedimiento abreviado, renuncia al procedimiento ordinario o directo, una vez que acepta los hechos por los que se le imputa, cuya consecuencia es el beneficio de una pena privativa de libertad menor a la que le correspondería si se sometiese a un procedimiento ordinario o directo. Este mecanismo deviene de una negociación o acuerdo entre Fiscal y procesado, y en este caso, los intervinientes se someten a los resultados de esta práctica procesal, cuyo cúmulo es la sentencia condenatoria, con una pena de privación de libertad reducida, situación que le es bastante favorable al reo, y debe ser cumplida, conforme a la negociación que le antecede. Más, pretender aplicar además la suspensión condicional de la pena, luego de que se emita sentencia en el procedimiento abreviado, implicaría el irrespeto a aquel acuerdo y el incumplimiento del compromiso, surgiendo por tanto un extraño doble beneficio para el sentenciado, situación alejada del espíritu del legislador y distante al procedimiento penal ecuatoriano, lo que convierte a esta práctica en inusual, provocando impunidad.

Sobre este punto es indispensable recordar cuales son los fines de la pena misma que, para nuestro análisis vale decir, fue aceptada cumplir por quien se sometió al procedimiento abreviado y que ha llegado a su fin con la emisión de una sentencia condenatoria, fines que se incumplen al momento de que, ilegítimamente se pretenda suspender la pena en un procedimiento especial como el abreviado.

> Artículo 52 del COIP: Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.
>
> En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

5.- Por lo analizado y expuesto, consideramos que no resulta procedente la aplicación de la suspensión condicional de la pena en el procedimiento abreviado, hacer lo contrario, violenta la naturaleza y estructura especial de este tipo de procedimiento, atenta contra los fines de la pena que ya ha sido consensuada, e incluso degenera en impunidad. Como se ha sido sugerido, al constatarse que existe duda con relación a la aplicación o no de las referidas instituciones jurídicas de forma conjunta, se decide que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dicte una resolución con fuerza de ley.

6.- RESOLUCIÓN DEL PLENO

RESOLUCIÓN No. 02-2016

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que en nuestro ordenamiento jurídico, se garantiza el debido proceso, dentro del cual, uno de sus componentes resulta ser el principio de legalidad, que determina entre otros aspectos, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico, exista un procedimiento aplicable al caso concreto y una pena expresamente determinada en la ley, esto como pilares en los que se sustenta la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Que el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que entre las funciones que le corresponden al Pleno de la Corte Nacional de Justicia se encuentra la de 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 procedimiento abreviado se encuentra regulado a partir del artículo 635 hasta el artículo 639 del COIP, con su propia estructura y que deviene de una negociación o acuerdo entre fiscal y procesado. Este procedimiento especial dista del procedimiento ordinario o del directo, los cuales contienen instituciones igualmente propias, entre ellas la suspensión condicional de la pena, que puede ser aplicada en la etapa de juicio o en la audiencia de juicio directo, luego de emitida la primera sentencia de condena.

Que la coincidencia entre los requisitos que debe cumplir el sentenciado en un procedimiento ordinario o en un directo y que pudiera beneficiarse de la suspensión condicional de la pena, como de aquel que ha sido condenado en un procedimiento abreviado, ha llevado a que exista confusión entre los diferentes administradores de justicia del país, en cuanto a la aplicación de estas dos instituciones jurídicas de forma conjunta.

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional.

Esta Resolución regirá desde su publicación en el Registro Oficial y será de cumplimento generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

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

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (V.C.), Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Richard Villagómez Cabezas (V.C.), Dra. Zulema Pachacama Nieto (V.C.), CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

HOMENAJE PÓSTUMO AL SEÑOR DOCTOR VICENTE TIBERIO ROBALINO VILLAFUERTE

RESOLUCIÓN No. 03-2016

Suplemento del Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial (Art. 1 COFJ); determinándose que la administración de justicia, ejercida por tal función, es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual se coadyuva a que se cumpla con el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes (Art. 17 COFJ); señalando, además, que la Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente (Art. 21 COFJ).

Que, entre los considerandos sobre los cuales se levantan los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, el rol de las Juezas y Jueces, se establece: que la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos, una judicatura competente, independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia; que una judicatura competente, independiente e imparcial, es igualmente esencial si los tribunales desempeñan su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad; que es esencial que los jueces, tanto individual como de forma colectiva, respeten y honren las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchen para aumentar la confianza en el sistema judicial.

Que, el Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en la IV Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, en mayo de 2001, establece que se ha tomado en cuenta que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradiciones métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades.

Que, para la consecución del Estado constitucional de derechos y justicia, se torna indispensable, que en las diferentes esferas de la sociedad, las personas asuman y contribuyan con su obligación de respeto y cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador; de allí que, en consecuencia, la promoción y respeto de los derechos es obligación de todas y todos los ciudadanos; aún más, de aquellos que dedican su vida al estudio del derecho, su enseñanza, y su práctica; especialmente, de las juezas y jueces, quienes ejercen la potestad emanada del pueblo de administrar justicia, como un servicio público, básico y fundamental.

Que, el señor doctor Vicente Tiberio Robalino Villafuerte, en pleno ejercicio de sus funciones como Juez Nacional, de ésta, la primera Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de este Estado Constitucional de derechos y justicia, creado en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, lamentablemente partió de este espacio terrenal el 7 de abril del hogaño; empero, dejó su huella indeleble, a través de su don de gentes y calidad humana; ya como, un eminente profesional del derecho, jurista, docente universitario, Juez y Magistrado; que a través de la academia, investigación y ejercicio de la potestad jurisdiccional que el Estado le encargó en su función de administrador de justicia; constituyó, sin lugar a dudas, un ejemplo de ese servicio por el cual se coadyuva a respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; sobre todo, en la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; y, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente.

Que, es deber ineludible de este máximo órgano jurisdiccional del Ecuador, rendir un homenaje póstumo a la memoria del señor doctor Vicente Tiberio Robalino Villafuerte; reconociendo su trayectoria y contribución en el desarrollo y concreción del Estado constitucional de derechos y justicia; y con la transformación de la justicia; por lo cual, es preciso rendir tal reconocimiento a quien fuera uno de los ilustres integrantes de la Corte Nacional de Justicia, y que lamentablemente falleciera en pleno ejercicio de sus deberes y obligaciones jurisdiccionales.

En ejercicio de sus atribuciones y facultades,

RESUELVE

Artículo 1.- Perpetuar el homenaje de reconocimiento, que en justicia le corresponde, al señor doctor Vicente Tiberio Robalino Villafuerte, ex Juez y Magistrado de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador; para ello se nombra al auditorio de este órgano jurisdiccional: ***"AUDITORIO VICENTE TIBERIO ROBALINO VILLAFUERTE".***

Artículo 2.- Realizar un acto solemne, en el que se develará una placa conmemorativa, y se colocará su nombre al auditorio; todo ello, en reconocimiento a su aporte para la transformación de la justicia, como un homenaje póstumo, a su calidad humana; y, a su labor como profesional del derecho, jurista, investigador, docente universitario, Juez y Magistrado, del máximo órgano jurisdiccional del Ecuador.

Dado y suscrito 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 28 días del mes de abril de 2016.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Marco Maldonado Castro, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dra. Zulema Pachacama Nieto, CONJUEZA NACIONAL. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

DUDA SUSCITADA EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN GENERAL PRIMERA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL UNA VEZ QUE HA ENTRADO EN VIGENCIA EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

RESOLUCIÓN No. 04-2016

Suplemento del Registro Oficial No. 847, de 23 de septiembre de 2016

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- Por sobre la seguridad jurídica:

La Constitución de la República en su artículo 82 reconoce el derecho de las y los ecuatorianos a la seguridad jurídica: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

En desarrollo del precepto constitucional el Código Orgánico de la Función Judicial determina:

> Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Encontramos entonces, que la seguridad jurídica, entre otras cosas, consiste en la certeza que los integrantes de la sociedad tienen por sobre las consecuencias jurídicas de sus actos, y que de ser el caso serán juzgados por juezas y jueces competentes, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma íntegra, uniforme, y con irrestricto apego a la Constitución y a la ley.

En el ámbito del derecho comparado, resulta fundamental exponer lo que la Corte Constitucional de Colombia ha determinado con relación a este tema. Nos dice que la uniformidad de las decisiones judiciales, así como su estabilidad y consistencia son expresiones de la seguridad jurídica:

> La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento

de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.

(...) Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el Art. 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias.

Por sobre el derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional para el periodo de transición, caso 0103-09-EP, sentencia 008-09-SEP-CC, se ha pronunciado indicando que la situación jurídica de los justiciables se la juzgará solamente de conformidad a un procedimiento clara y públicamente preestablecido:

(...) la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados.

En coherencia con esta noción, de necesidad de uniformidad en las decisiones judiciales, como sustento de la seguridad jurídica, es que el Asambleísta Constituyente determinó como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el país, el de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.[1]

2.- Por sobre el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico General de Procesos como normas supletorias al Código Orgánico Integral Penal.-

i) A partir del 10 de agosto de 2014 entró en plena vigencia el Código Orgánico Integral Penal, norma que rige el sistema penal ecuatoriano, pues reúne en un solo cuerpo las partes sustantiva, adjetiva y de ejecución penal. Empero, resulta que existen aspectos que no se encuentran regulados en el COIP, y para ello debemos ir a otras normas supletorias por defecto de la ley de la materia. Tenemos así, que la disposición general primera del COIP dispone: "En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el **Código de Procedimiento Civil**, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral." (negrillas es nuestro).

[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. **2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.** 3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero. 4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

ii) El 22 de mayo del 2016, entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo que promueve la oralidad y la unificación de los procesos y por ende expresamente deroga el Código de Procedimiento Civil[2]. Esta situación ha generado confusión entre los administradores de justicia en materia penal, puesto que, no se tiene certeza sobre si el Código Orgánico General de Procesos, remplaza al Código de Procedimiento Civil como norma supletoria, en defecto del Código Orgánico Integral Penal, y así resultare desde qué momento este cuerpo normativo es aplicable supletoriamente al proceso penal que se encuentra en sustanciación.

De ahí que, en resguardo de la seguridad jurídica, devenida de procurar la unanimidad en la interpretación y la aplicación de las normas por parte de las juezas y los jueces, resulta fundamental esclarecer esta problemática, tanto más que es de recordar que instituciones como la aclaración y ampliación de las sentencias no se encuentran reguladas en el COIP, y de ahí que se deba ir al Procedimiento Civil como norma supletoria, ley que ha sido derogada, encontrándose en vigencia en la actualidad el COGEP.

iii) La duda en un primer momento resultaría satisfecha si nos sujetamos a lo determinado en el numeral 1, de la disposición reformatoria primera del COGEP que ordena:

PRIMERA.- En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga:

1. "Código de Procedimiento Civil"; "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" y "Ley de Casación", por "Código Orgánico General de Procesos".

De ahí que, fácil nos resulta entender que será COGEP, el cuerpo normativo supletorio en materia procesal penal en remplazo del Código de Procedimiento Civil ya derogado.

iv) Ahora bien, si un proceso penal se ha iniciado con anterioridad al 23 de mayo de 2016, cuando entró en vigencia el COGEP, ¿es aplicable este cuerpo normativo como supletorio en materia procesal penal?, el artículo 17 del COIP dice "*Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia*"

Para el caso que nos ocupa, es aplicable la regla procesal que establece la prevalencia de las nuevas normas procesales por sobre las anteriores, desde el momento mismo de su entrada en vigencia, es decir, el cuerpo normativo aplicable como supletorio en materia penal es el COGEP desde que entró en vigencia en reemplazo del Código de Procedimiento Civil. Esta noción es plenamente aplicable en materia penal, puesto que se ira al cuerpo normativo supletorio solo en el momento en que, de los incidentes del proceso se evidencie la necesidad de aplicar esa ley en defecto del COIP.

Entonces, si en un proceso penal que se haya iniciado antes del 23 de mayo de 2016, se encuentra que se requiere de otra norma supletoria; y para solventar este incidente la que debe operar es la que está en vigencia, esto es el COGEP o el COFJ. Es aún más evidente si es que tomamos en cuenta que las normas supletorias en materia penal, puntualmente, en este caso el COGEP, es accesoria y rige por excepción y

[2] Disposición derogatoria primera del COGEP.

no versan sobre la naturaleza y estructura misma del proceso penal, peor aún con lo sustantivo; pues, para ello se está a lo dispuesto en el COIP. Lo que si se requiere es que la norma supletoria guarde armonía con el proceso acusatorio oral, y sea coherente con los principios constitucionales que lo rigen.

3.- Con lo expuesto es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emita una resolución general y obligatoria con el fin de aclarar el contenido de la disposición general primera del COIP, en relación con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, como norma supletoria por defecto del Código Orgánico Integral Penal, todo ello en aras de una uniforme interpretación del ordenamiento jurídico vigente, como una dimensión del derecho que tenemos todas y todos los ecuatorianos a la seguridad jurídica.

4.- RESOLUCIÓN DEL PLENO

RESOLUCIÓN No. 04-2016

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la seguridad jurídica, entre otros aspectos, consiste en la certeza que los integrantes de la sociedad tienen por sobre las consecuencias jurídicas de sus actos, y que de ser el caso éstos serán juzgados por juezas y jueces competentes, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma uniforme, constante e íntegramente, con irrestricto apego a la Constitución, a los instrumentos de derechos humanos y a la ley.

Que el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que entre las funciones que le corresponden al Pleno de la Corte Nacional de Justicia se encuentra la de 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 la disposición general primera del Código Orgánico Integral Penal dispone: "En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral."

Que la disposición derogatoria primera del Código Orgánico General del Procesos, deroga el Código de Procedimiento Civil.

Que esta situación ha traído como consecuencia confusión en los administradores de justicia del país en materia penal, puesto que no se tiene absoluta claridad si es que el Código Orgánico General de Procesos, sustituye al Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria en defecto del Código Orgánico Integral Penal.

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- En lo no previsto en el Código Orgánico Integral Penal, se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral. En materia penal esta regla será aplicable a todo proceso que se encuentra actualmente en sustanciación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Dado en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los diez días del mes de agosto del año dos mil dieciséis.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (V.C.), Dr. Wilson Andino Reinoso (V.C.), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo (V.C.), Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez (V.C.), Dra. Ana María Crespo Santos (V.C.), Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Marco Maldonado Castro, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Janeth Santamaría Acurio, Dr. Guillermo Narváez Pazos (V.C.), Dra. Teresa Delgado Viteri (V.C.), Dr. Oscar Enríquez Villarreal, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Dra. Sylvana León León SECRETARIA GENERAL (E).

JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA QUE PERMITE DECLARAR DE OFICIO LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR DESPIDO INEFICAZ

RESOLUCIÓN No. 05-2016
Suplemento del Registro Oficial No. 847, de 23 de septiembre de 2016

1.- NORMATIVIDAD 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 esta 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 vinculado 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).

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda 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, con el objeto de garantizar el derecho a la seguridad jurídica al contar con normas claras y preestablecidas para la solución de determinados puntos sobre la aplicación de la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

El Art. 35, de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar, promulgada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015, dispone: "Añádase a continuación del artículo 195, los siguientes artículos: "Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considera 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."

El Art. 195.2 ibídem dispone: "Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días".

La norma del Art. 195.2 del Código del Trabajo establece una caducidad del derecho para accionar el despido ineficaz cuando este no ha sido ejercido dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que se produjo el hecho.

La acción por despido ineficaz busca garantizar la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de aquellas que ejercen funciones de dirigentes sindicales, es decir, que aun cuando se hubiere producido un despido intempestivo, éste no surta efectos. Por esta característica, debe surtir efectos oportunos en el tiempo, por lo que se requiere de una acción inmediata de quienes se consideren amparados por la norma del Art. 195.1 del Código del Trabajo. Es por esta razón que la disposición del Art. 195.2 ibídem ha establecido un corto plazo de treinta días para ejercitarla, pues no sería congruente con la figura del despido ineficaz, aplicar los plazos generales de prescripción de la acciones laborales contemplada en el Art. 635 del Código del Trabajo.

La caducidad de la acción, consiste en la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo expresamente concedido en la ley para su ejercicio. En el caso de la caducidad de la acción estamos frente a la pérdida de la oportunidad para acudir ante la administración de justicia con una determinada pretensión, debido a que aquella no ha sido ejercida dentro del plazo o término que específicamente, en cada caso, la ley ha considerado pertinente establecer un tiempo perentorio; en tanto que en la prescripción, lo que se extingue es el derecho que ya no puede ser exigido.

En el caso de la caducidad, aquella opera de pleno derecho, por mandato expreso de la ley, sin que por tanto se puedan discutir en el juicio el asunto de fondo; no es necesario que se trabe la litis, se actúen pruebas y alegatos, así como una sentencia de mérito; pues lo que ocurre es que la acción ha perdido total eficacia por el transcurso del tiempo sin que el titular del derecho a accionar la haya ejercitado.

La prescripción extintiva de las acciones y la caducidad de la acción son similares en cuanto a sus efectos, pero difieren en sus características y condiciones. Así la prescripción solo puede ser alegada como excepción por la persona contra quien se ejerce la acción, en tanto que la caducidad puede y debe ser declara de oficio por el juzgador, pues opera de pleno derecho; la prescripción se la interrumpe en forma civil o natural, la caducidad no es susceptible de interrupción, pues sólo condiciona el ejercicio de la acción en un determinado tiempo; la prescripción extintiva debe declarársela en sentencia en tanto que la caducidad puede ser declarada por el juez en cualquier instancia del proceso, incluso al momento en que ha de calificar la demanda.

En el caso del despido ineficaz, concretamente respecto de lo previsto en el Art. 195.2 del Código del Trabajo, agregado mediante el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar, sobre el plazo de treinta días que confiere esa norma para que la persona trabajadora pueda ejercer esa acción, las juezas y jueces de las unidades judiciales del trabajo han manifestado, en diversas consultas a la Corte Nacional de Justicia, su duda respecto a si es posible legalmente que declaren la caducidad de la acción por despido ineficaz cuando hubiere discurrido más allá del plazo antes mencionado, resolución que la podrían adoptar cuando avocan conocimiento de la demanda al momento de calificarla y admitirla a trámite, de tal manera que se podría evitar a las partes y al Estado un gasto inútil e inoficioso en un proceso cuyo derecho ha perdido eficacia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El artículo 169 de la Constitución de la República establece: "*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades".* Entre los principios que rigen el sistema procesal ecuatoriano está el de economía procesal, por el cual se debe evitar a las partes procesales y al Estado, a través de la administración de justicia, incurrir en largos y costosos procesos judiciales cuando es posible evitarlo. Esto es lo que ocurre precisamente en este caso, si el juzgador determina claramente que del contenido de la propia demanda, la acción de despido ineficaz está caducada por habérsela ejercido fuera del plazo de treinta días previsto en el Art. 195.2 del Código del Trabajo, en aplicación del principio de económica procesal, debe declarar esa caducidad.

3.- CONCLUSIÓN:

En conclusión, se considera que la acción de despido ineficaz prevista en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, caduca dentro del plazo de treinta días de ocurrido el hecho, conforme lo establece el Art. 195.2 ibídem; en tal virtud, en aplicación de las normas de los Arts. 75, 82 y 169 de la Constitución de la República, los jueces del trabajo tienen la potestad de declarar de oficio la caducidad de esta acción al momento en que conozcan de la demanda, si de los elementos fácticos aparece que efectivamente no se la ha ejercido dentro de ese plazo.

Que a fin de garantizar la uniformidad de criterios, en aplicación de lo previsto en el Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, debe dictar una resolución de aplicación obligatoria que establezca la facultad de declarar la caducidad de la acción de despido ineficaz.

4.- RESOLUCIÓN DEL PLENO

RESOLUCIÓN No. 05-2016

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DESPIDO INEFICAZ EN MATERIA LABORAL
EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Art. 195.1 del Código del Trabajo, agregado por el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar, promulgada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 483, de 20 de abril de 2015, establece que se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, y que las mismas reglas sobre la ineficacia del despido intempestivo serán aplicables a los dirigentes sindicales en el cumplimiento de sus funciones;

Que el Art. 195.2 del referido Cuerpo Legal, determina que una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Juez o Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde se produjo, en el plazo máximo de treinta días;

Que una forma de extinguir las acciones es la caducidad de su ejercicio, cuando no se ha presentado la demanda dentro del plazo que expresamente determina la ley; caducidad que opera de pleno derecho, puede y debe ser declarada por el juzgador a petición de parte interesada o de oficio, desde el momento mismo en que se ejerce la acción; por tanto, la caducidad declarada de oficio, no requiere ser propuesta como excepción, como en el caso de la prescripción extintiva de las acciones y tampoco debe ser resuelta en sentencia;

Que, en las judicaturas de primer nivel en materia laboral, ha surgido la duda respecto a si al momento de calificar la demanda por despido ineficaz, pueden de oficio declarar la caducidad y disponer el archivo de la causa;

Que, conforme lo dispuesto en el Art. 169 de la Constitución, 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. Entendiéndose al principio de economía procesal como aquel por el cual se busca que las causas judiciales tengan el menor desgaste posible en términos de costos y tiempo para las partes y la administración de justicia; de tal manera que si, como en el caso del despido ineficaz, la acción ha perdido total eficacia por no haber sido ejercida dentro del plazo que señala la ley, es inútil el proseguir todo un proceso cuya acción ha caducado; 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 por despido ineficaz previsto en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, agregado mediante el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar; las Juezas y Jueces del Trabajo, al momento de calificar la demanda, declararán la caducidad de la acción únicamente si del propio texto del libelo inicial de la pretensión se determina que aquella ha sido ejercida fuera del plazo de treinta días contemplado en el Art. 195.2 del referido Código.

Art. 2.- Si la caducidad de la acción ha sido alegada como excepción previa, conforme el Art. 153 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, aquella se analizará y resolverá en la fase de saneamiento del juicio sumario.

Art. 3.- El auto que declare la caducidad de la acción, será susceptible de recurso de apelación, conforme a la garantía al debido proceso contemplada en el Art. 76, numeral 7, letra m) de la Constitución y en aplicación del Art. 147, inciso final, del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 4.- 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.

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

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio (V.C.), Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez (V.C.), Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés (V.C.), Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Marco Maldonado Castro, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ PERMANENTE. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO GARANTÍAS LABORALES A LA MUJER GESTANTE

RESOLUCIÓN No. 06-2016

Suplemento del Registro Oficial 873, de 31 de octubre del 2016

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 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;

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 presente similar patrón fáctico;

- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al 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.

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el 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;

Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicado 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;

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 Nro. 0088-2014, dictada el 03 de febrero de 2014, a las 10h20, en el proceso Nro. 0369-2011, conformado el Tribunal por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, como Jueza Ponente; Dr. Jorge Blum Carcelén y Dr. Wilson Merino Sánchez como Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. (Voto salvado del Dr. Jorge Blum Carcelén).

b) Resolución Nro. 0288-2014, dictada el 25 de abril del 2014, a las 16h50, en el proceso Nro. 1263-2013, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, como Juez Ponente; Dra. Gladys Terán Sierra y el Dr. Merck Benavides Benalcázar como Jueza y Juez, de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

c) Resolución Nro. 0271-2014, dictada el 21 de abril del 2014, a las 16h30, en el proceso Nro. 1356-2013; por el Tribunal conformado por Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia como Juez Ponente; Dra. Gladys Terán Sierra y Dr. Merck Benavides Benalcázar, como Jueza y Juez de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

d) Resolución Nro. 0403-2012- Juicio Nro. 1082-2009, dictada el 16 de Julio del año 2012, a las 15h55, Tribunal conformado por la Dra. Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente; Dra. Mariana Yumbay Yallico y Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, como Jueza y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

e) Resolución Nro.0390-2016- Juicio Nro. 0441-2014, dictada el 20 de junio del año 2016, a las 15h08, Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, como Jueza Ponente; Dr. Roberto Guzmán Castañeda y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, como Conjuez y Conjueza de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

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:

a) ¿Cómo debe demostrar la actora su estado gestacional a su empleador?

b) En caso de despido intempestivo, a más de las indemnizaciones previstas en la ley, ¿la trabajadora gestante tiene derecho a la indemnización prevista en el Art. 154 del Código del Trabajo?

c) ¿Es posible que el empleador conozca por otro medio del estado gestacional de la trabajadora?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En tales sentencias 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 las sentencias citadas:

a) El empleador, si bien se entera del estado gestacional de la trabajadora después de ser notificada con el desahucio, ésta había presentado ante la autoridad administrativa el respectivo certificado médico que confirma su estado, por lo tanto no podía ser objeto del desahucio solicitado por el empleador. Esta línea argumental en aquellos casos en los que estaba vigente la facultad del empleador para solicitar el desahucio de acuerdo al artículo 184 del Código del Trabajo.

b) Las indemnizaciones a las que tiene derecho la trabajadora embarazada en caso de despido o desahucio (cuando este último estaba vigente), están sujetas a la condición de que al empleador haya sido notificado con la presentación del certificado médico del IESS u otro facultativo que confirme su estado y aún con conocimiento haya procedido a despedir o desahuciar a la trabajadora embarazada. Los jueces de instancia deberán analizar cada caso y determinar si, a pesar de no existir una notificación formal, el empleador, de alguna manera, conoció que la trabajadora estaba embarazada; como cuando el estado de gestación es notorio, o si ésta, antes de suscribir el acta de finiquito hace conocer este particular a la autoridad de trabajo; o si dio a conocer su condición de gestación a algún otro ejecutivo de la empresa que tenga a su cargo el manejo de los recursos humanos, etc., es decir, cualquier otro medio de prueba que permita establecer esa situación.

c) De la confesión del demandado y de la prueba documental que obra de autos, esto es el certificado médico conferido por el IESS, se evidencia que el demandado conocía del estado gestacional de la actora, por lo que le corresponde, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo la indemnización prevista en la norma señalada.

d) En la Constitución de la República del Ecuador y en el Código del Trabajo, respecto de la protección a la mujer embarazada, se conceden garantías de estabilidad por su estado de gravidez, previniendo que en caso de despido intempestivo, el empleador será sancionado con la indemnización prevista en el artículo 154 del Código del Trabajo.

e) En el presente caso, la decisión de despedir del trabajo a la recurrente por causa de su estado de gravidez, fue una decisión del demandado en su calidad de representante legal. El Tribunal de instancia al no hacer uso del conjunto de respuestas afirmativas y fincar su decisión en forma aislada en una sola de aquellas, divide o fracciona el contenido de las demás respuestas afirmativas dadas al tenor del pliego de absoluciones presentado, infringiendo de ésta manera la norma del Art. 581 inciso tercero del Código del Trabajo, l**o que conduce indudablemente a la vulneración de los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo, al privarle a la trabajadora, de la indemnización que por derecho le corresponde, justificando de esta manera el despido por causa de su estado de gravidez**, como corrobora el certificado médico adjunto, hechos que se tienen por probados a falta de otra prueba rendida en sentido contrario.

Que como resultado del desarrollo de la línea argumental, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia expuso la siguiente:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta los principios de interpretación constitucional, legal, y de los derechos humanos, se ha de entender que la intención de la normativa de la Constitución actual y de la Organización Internacional del Trabajo que protege a la mujer embarazada, así como la legislación nacional, busca entre otros aspectos proteger la maternidad y la estabilidad de la mujer embarazada y para los casos de transgresión, si el empleador decide dar por concluida la relación laboral de manera unilateral, conociendo que la trabajadora se halla en estado de gestación, conozca que deberá cancelar, además de las indemnizaciones previstas en los artículos 188 y 185 del Código de Trabajo, la señalada en el artículo 154 ibídem y en los contratos colectivos. Se concluye que los jueces, en su condición de garantes de los derechos establecidos en la Constitución y la ley, deben precautelar la protección de la madre gestante.

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.-Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por el señor Conjuez Nacional doctor Efraín Duque Ruiz y la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

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

a) Resolución Nro. 0088-2014, dictada el 03 de febrero de 2014, a las 10h20, en el proceso Nro. 0369-2011

b) Resolución Nro. 0288-2014, dictada el 25 de abril del 2014, a las 16h50, en el proceso Nro. 1263-2013

c) Resolución Nro. 0271-2014, dictada el 21 de abril del 2014, a las 16h30, en el proceso Nro. 1356-2013

d) Resolución Nro. 0403-2012- Juicio Nro. 1082-2009, dictada el 16 de Julio del año 2012, a las 15h55

e) Resolución Nro. 0390-2016, dictada el 20 de junio del 2016, a las 15h08, en el proceso Nro. 0441-2014

Art. 3.- DECLARAR COMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: ***"Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora".***

Art. 4.- Disponer que la Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización; y, al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

Art. 5.-Está 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.

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 septiembre de dos mil dieciséis.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Francisco Iturralde Albán, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO
GASTO DEDUCIBLE PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO A LA RENTA

RESOLUCIÓN No. 07-2016
Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016

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 los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el 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;

3. Que mediante Resolución N° 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 767, de 2 de junio de 2016, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, que unifica la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la Resolución de aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios;

4. 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 transformen en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes:*

a) 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;

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

c) Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

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

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo criterio:

a) Proceso Nro. 520-2012, emitido el 29 de noviembre de 2013 a las 10h55, conformado el Tribunal por el Dr. Juan Montero Chávez, como Juez Ponente; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. José Luis Terán Suárez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

b) Proceso Nro. 144-2012, emitido el 16 de abril de 2014, a las 09h40, conformado el Tribunal por la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, como Jueza Ponente; Dr. José Luis Terán Suárez y Dr. Juan Montero Chávez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

c) Proceso Nro. 382-2012, emitido el 28 de julio de 2014 a las 11h15, conformado el Tribunal por el Dr. José Luis Terán Suárez, como Juez Ponente; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. Juan Montero Chávez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

d) Proceso Nro. 181-2013, emitido el 31 de julio de 2014, a las 11h30, conformado el Tribunal por el Dr. Juan Montero Chávez, como Jueza Ponente; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. José Luis Terán Suárez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

e) Proceso Nro. 248-2012, dictado el 31 de julio de 2014, a las 15h40, conformado el Tribunal por el Dr. José Luis Terán Suárez, como Jueza Ponente; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. Juan Montero Chávez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

f) Proceso Nro. 409-2013, emitido el 28 de mayo de 2015 a las 10h07, conformado el Tribunal por la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, como Jueza Ponente; Dr. José Luis Terán Suárez y Dra. Ana María Crespo Santos como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

g) Proceso Nro. 378-2014, dictado el 15 de enero de 2016, a las 11h23, conformado el Tribunal por la Dra. Ana María Crespo Santos como Jueza Ponente Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. José Luis Terán Suárez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

h) Proceso Nro. 634-2014, dictado el 14 de junio de 2016, a las 10h06, conformado el Tribunal por la Dra. Ana María Crespo Santos como Jueza Ponente Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia y Dr. José Luis Terán Suárez como Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LAS SENTENCIAS:

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

> Para que se genere la deducibilidad de un gasto se debe verificar la fuente de la obligación de donde se presume se obtuvieron los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta y que se demuestre de manera efectiva la realización la transferencia del bien o la realización del servicio.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En tales sentencias la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias citadas:

a) **Proceso Nro. 520-2012:** "(...) *A criterio de la Sala Especializada manifiesta que para que un gasto se considere deducible, es menester demostrar la secuencialidad material del mismo, que no se limita únicamente a exhibir un asiento contable y una factura, pues bien cabe, en caso de duda sobre la materialidad del mismo, que la empresa actora presente justificativos tales como el mecanismo de cómo se concretó dicho gasto, que en el presente caso no ha ocurrido* (...)".

b) **Proceso Nro. 144-2012:** "(...) *Al tenor del contenido de estas disposiciones, es evidente que las facturas con las que pretende el contribuyente justificar la deducibilidad de sus gastos deben estar a su nombre y no a nombre de terceros, en razón de que la normativa citada prevé que para que los costos de venta por conceptos de importaciones sean considerados como gastos deducibles para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta, los documentos y comprobantes de venta que sustentaron la importación debían estar a su nombre.* (...)".

c) **Proceso Nro. 382-2012:** "(...) *La Sala Especializada manifiesta que para que un gasto sea considerado como deducible debe tener una secuencia material que así lo justifique tales como la fuente de la obligación el pago o desembolso efectivo, la correspondiente factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario; de la revisión del expediente se puede identificar que existen facturas, pero no existe constancia de recepción del pago por parte del beneficiario. Al haberse simplemente limitado a justificar la existencia de las facturas y de las compañías que emitieron las mismas, elementos que como se ha dicho, no son suficientes para demostrar la secuencia material del gasto, el mismo deviene en no deducible ya que no se ha demostrado su materialidad* (...)".

d) **Proceso Nro. 181-2013:** "(...) *Debemos señalar que los requisitos formales no son los únicos elementos necesarios para que los gastos sean deducibles, pues es preciso que se demuestre la esencia de los negocios jurídicos, demostrando la secuencialidad del gasto es decir que los elementos formales tengan un sustento razonado, que en la especie no sucede* (...)".

e) **Proceso Nro. 248-2012:** "(...) *La Sala Especializada manifiesta que, para que un gasto sea considerado como deducible debe tener una secuencia material que así lo justifique tales como la fuente de la obligación, el pago o desembolso efectivo, la correspondiente factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario; del acta de determinación se colige que existen facturas, pero no existe constancia de recepción del pago por parte del beneficiario, por lo que al limitarse a justificar la existencia de las facturas y de las compañías que emitieron las mismas, elementos que como se ha dicho, no son suficientes para demostrar la secuencia del gasto, el mismo deviene en no deducible ya que no se ha demostrado su materialidad* (...)".

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

f) **Proceso Nro. 409-2013:** "(...) *Esta Sala mantiene el criterio de que no basta que el contribuyente haya expuesto en la etapa administrativa y alegado en su demanda que ha existido una secuencialidad material que se justifique con los registros contables ya que el registro contable no es por sí solo una secuencialidad material, sino que también deben cumplirse con los requisitos formales de la presentación facturas o comprobantes de venta que cumplan con los requisitos establecidos por el Reglamento de Facturación; ya que el gasto debe tener una secuencialidad formal, es decir que exista el registro contable y éste a su vez debe contar con el respaldo de los comprobantes de venta y retención.* (...)".

g) **Proceso Nro. 378-2014:** "(...) *El Tribunal de instancia ha prescindido de la secuencia material que justifica el gasto y por consiguiente la calidad de deducible, de igual manera se establece que existen fallos reiterativos en donde se ha indicado que para que el gasto sea considerado como tal y que el círculo contable esté completo se debe contar con la verificación de la fuente de la obligación de donde se presume se obtuvieron los comprobantes de venta y retención, la forma de pago y la acreditación en cuenta. En relación a la forma de pago, la Ley de Régimen Tributario Interno ha definido que sobre operaciones de más de USD $ 5.000,00 gravadas con los impuestos a los que se refiere esa ley se establece la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago y el gasto será deducible a efectos del cálculo del Impuesto a la Renta y se constituirá como crédito tributario para el Impuesto al Valor Agregado aplicable según el caso. Es dable puntualizar que ningún juez puede administrar justicia trastocando el sentido de las normas jurídicas aplicables para cada caso en particular, por cuanto para el asunto que nos atañe, se ha evidenciado que la Sala juzgadora ha reconocido la obligación de bancarizar los montos superiores a USD $ 5.000,00, pero a criterio de aquella si la transacción excluyendo el IVA, es inferior al monto antes indicado, no es exigible la bancarización; situación que contraviene lo descrito en la norma tributaria, manifiestamente expresa el monto que es susceptible de la bancarización gravado con impuestos, sin efectuar excepción alguna.* (...)".

h) **Proceso Nro. 634-2014:** "(...) *Esta Sala Especializada ha señalado que para que el gasto sea considerado como deducible y que el círculo contable esté completo se debe contar con la verificación de la fuente de la obligación de donde se presume se obtuvo los comprobantes de venta y retención, la forma de pago y la acreditación en cuenta, situación que permite no sólo considerar a un gasto como deducible, sino que también permite la configuración del hecho económico, la esencia sobre la forma y así evitar actuaciones indebidas por parte de los contribuyentes.* (...) *Ahora bien, los comprobantes de venta y retención transparentan el intercambio económico y por tanto coadyuvan a la confirmación de la realización del hecho generador, los cuales deben de manera imprescindible determinar y contemplar los requisitos legales que la norma jurídica ha señalado para el efecto y mucho más, si con los mismos se pretende hacer uso de la deducibilidad del gasto a consecuencia de la disminución de pago del Impuesto a la Renta. Por lo que, al no contar con los comprobantes de venta y retención válidos, mal podría aceptarse el gasto incurrido en el ejercicio económico del período fiscal 2006, como deducible. Una vez más, se deja en claro que estos comprobantes no son meras formalidades que puedan obviarse, sino que constituyen parte del círculo contable que va a confirmar la generación del hecho generador.* (...)".

Previo a exponer la línea argumental de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, es importante establecer conceptos doctrinarios sobre el criterio de derecho expuesto:

El autor José Juan Ferreiro Lapatza en su obra Curso de Derecho Tributario, (parte especial - sistema tributario): Los Tributos en Particular 12ª edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1996, página 398, al referirse al gasto deducible del Impuesto a la Renta manifiesta:

"*La definición normativa del gasto deducible se realiza tradicionalmente de dos formas: bien considerando gasto deducible aquel que es necesario para la obtención del rendimiento/bien estableciendo una relación de gastos exclusivos, esto es una lista limitada de gastos que el sujeto pasivo está autorizado a deducir. Según el primer esquema señalado son gastos deducibles todos los necesarios para obtener la renta; de acuerdo con el segundo, lo son sólo los espec*ificamente tasados".

El maestro Enrique Jorge Reig, expresa lo siguiente:

"(...) *el Art. 80 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (Argentina) "suaviza" lo dispuesto por el Art. 17, en términos muy similares: "Los gastos cuya deducción admite esta ley, con las restricciones expresas contenidas en la misma, son los efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas* (...). *El Art. 80 se erige entonces "en deducción admitida por la ley como requiere el Art. 17 releva de la impracticable tarea de enunciar uno por uno aquellos deducibles, sin perjuicio de que alguno artículos de la ley y el reglamento* (...) *se han ocupado en particular de ciertas categorías de aquéllos, sin que ello implique (desde luego) que los no enunciados expresamente no puedan ser detraídos en el balance fiscal, si se encuadraran en la definición antes aludida*".

En España, el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo del mismo año, aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Última modificación: 26 de mayo de 2005) en sus artículos 13 y 14 enuncia las provisiones y los gastos no deducibles, en lo que respecta a los gastos deducibles estos deben cumplir con cuatro parámetros; estos son: a) Que estén correlacionados con la obtención de ingresos; b) Que exista una contabilización; c) Que exista una justificación; y) Que exista una imputación.

En función de lo anterior y como resultado del desarrollo de la línea argumental, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha expuesto lo siguiente:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Esta Sala Especializada en sus múltiples fallos que contienen el mismo criterio reiterado relacionado con la deducibilidad formal – material del gasto, ha dejado en claro que para concebir la secuencia material que justifica el gasto y por consiguiente la calidad de deducible, debe contarse con el círculo contable completo, esto es la verificación de la fuente de la obligación de donde se presume se obtuvieron los comprobantes de venta, retención, complementarios, la forma de pago y la acreditación en cuenta en favor del beneficiario, la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya llevado a cabo la transferencia del bien o la realización del servicio; comprendiéndose que si llegase a faltar algún documento de los descritos anteriormente, no se podrá suplir con ningún otro, puesto que, tanto el manejo de la contabilidad como sus documentos fuente, requieren de cierta estrictez para que la misma pueda ser el fiel reflejo de la actividad económica y mucho más si se pretende el beneficio de la deducibilidad del gasto que reduce el pago del impuesto debido. Es más, ningún documento de los determinados dentro del ciclo contable constituyen una mera formalidad que puedan obviarse sino todo lo contrario, puesto que son una parte importante para la configuración de la veracidad del hecho económico y que sólo así se puede vincular en forma razonada con la generación de los ingresos gravados.

También, es de vital importancia establecer la veracidad de la existencia económica de las transacciones realizadas como justificativos del gasto, en consonancia con lo dispuesto en el Art. 10 Ley de Régimen Tributario Interno, que manifiesta que se deducirán los costos y gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no se encuentren exentos, siempre que los mismos cuenten con los debidos respaldado de comprobantes de venta, retención y complementarios que cumplan con los requisitos legales establecidos para el efecto; sin embargo al señalar que son gastos para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana amerita establecer el alcance de esta disposición legal aplicada en los casos concretos.

De ahí surge entonces la inquietud de determinar el alcance de la citada norma jurídica para establecer ¿Cuáles son las condiciones que deben ser observadas para que un gasto sea considerado como deducible además de los requisitos formales?. Entonces, es importante contestar a esta interrogante en el sentido de que en el proceso judicial se tendrá que analizar la verdadera esencia y naturaleza económica para comprobar la real existencia de las transacciones, no sólo por medio de los comprobantes de venta, retención y complementarios que en primera instancia transparentan el intercambio económico y por tanto coadyuvan a la confirmación de la realización del hecho económico, los cuales deben de manera imprescindible determinar y contemplar los requisitos legales que la norma jurídica ha señalado para el efecto, sino también se debe verificar la secuencialidad material del mismo y su vinculación con los ingresos gravados, dando cumplimiento a cabalidad con el círculo contable completo, descrito en líneas anteriores.

En uso de la atribución prevista en los artículos 184 número 2 de la Constitución de la República del Ecuador y 180 número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial:

RESUELVE:

Artículo 1.- Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

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

a) Proceso Nro. 520-2012, emitido el 29 de noviembre de 2013, a las 10h55,
b) Proceso Nro. 144-2012, dictado el 16 de abril de 2014, a las 09h40,
c) Proceso Nro. 382-2012, emitido el 28 de julio de 2014, a las 11h15,
d) Proceso Nro. 181-2013, dictado el 31 de julio de 2014, a las 11h30,
e) Proceso Nro. 248-2012, dictado el 31 de julio de 2014, a las 15h40,
f) Proceso Nro. 409-2013, emitido el 28 de mayo de 2015, a las 10h07,
g) Proceso Nro. 378-2014, dictado el 15 de enero de 2016, a las 11h23,
h) Proceso Nro. 634-2014, dictado el 14 de junio de 2016, a las 10h06.

Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho: **"Para que un gasto sea considerado como deducible a efecto del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, debe tener una secuencialidad formal - material, demostrándose sustentadamente a través de la emisión de los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta en favor del beneficiario y la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio",** reiterado en las sentencias que se detallan en el numeral anterior.; y en tal virtud declarar que **CONSTITUYE PRECEDENTE OBLIGATORIO** a partir de la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial.

Art. 4.- Publíquese en el Registro Oficial.

Art. 5.- Disponer que la Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización; y, al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (V.C.), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Juan Montero Chávez (V.C.), CONJUEZ NACIONAL; Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

JUECES DEBEN ORDENAR EL PAGO DE INTERESES EN MATERIA LABORAL

RESOLUCIÓN No. 08-2016

Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- NORMATIVIDAD 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 esta 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 vinculado 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).

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda 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, con el objeto de garantizar el derecho a la seguridad jurídica al contar con normas claras y preestablecidas para la solución de determinados puntos sobre la aplicación de la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

El contrato de trabajo consiste en el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona presta sus servicios exclusivos y personales a favor de otra persona, empleador, bajo sus órdenes y dirección, a cambio de una remuneración, fijada por el acuerdo de las partes, la ley o la costumbre; así lo define el artículo 8 del Código del Trabajo. Por tanto, al ser la retribución que el trabajador percibe por sus servicios, su medio de subsistencia, esta constituye un derecho fundamental, intangible e irrenunciable, acorde con el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República y artículo 4 del Código Laboral.

En la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, publicada en el R.O. 365 de 10 de noviembre de 1982 se introduce en nuestra legislación laboral el pago de intereses del modo que en ella se reguló.

El Código del Trabajo en sus artículos 80, 81, 83, 84 y 87 establece las condiciones, plazos y forma de pago de los sueldos o salarios de los trabajadores, y en cuanto a la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, igualmente están determinadas en los artículos 111 y 113 de ese Código.

De ahí que, en caso de sentencia condenatoria al pago de remuneraciones, el artículo 614 del Código del Trabajo, con anterioridad a que entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, disponía: "*Pago de intereses.- Las sentencias que condenen al pago del salario mínimo vital, pensiones jubilares, sueldo y salarios, remuneraciones básicas, decimotercera, decimocuarta, decimoquinta remuneraciones, vacaciones, bonificación complementaria y compensación al incremento del costo de la vida, dispondrán además el pago del interés legal que estuviere vigente para préstamo a corto plazo al momento de dictarse la sentencia definitiva, calculados desde la fecha en que debieron cumplirse tales obligaciones, según lo dispuesto en la sentencia e inclusive hasta el momento en que ésta se ejecute y sean pagados los valores correspondientes.*

No se ordenará el pago de los intereses cuando el demandado consigne los valores correspondientes a los indicados conceptos, hasta la audiencia de conciliación en el juzgado respectivo.

Los valores consignados se depositarán en libreta de ahorros en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda para ser entregados al trabajador con sus correspondientes intereses respecto de los reclamos aceptados o, en su defecto, a la parte demandada cuando esas reclamaciones fueren rechazadas".

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 1990, promulgada en el Registro Oficial No. 412 de 6 de abril de 1990, que establece: "*En los juicios de trabajo, los jueces deben ordenar el pago del interés legal, aunque no hubiere sido reclamado expresamente en la demanda, cuando en los respectivos fallos se dispusiere el pago de los rubros determinados en el artículo 4 de la Ley 110 (actual 614 del Código del Trabajo) publicada en el Registro Oficial 365, del 10 de noviembre de 1982.*"

El artículo 614 del Código del Trabajo antes mencionado, está derogado por la Disposición Derogatoria Octava del Código Orgánico General del Procesos. Ante lo cual ha surgido la duda entre los juzgadores de instancia respecto a que si en la sentencias en las que se condene a la parte empleadora al pago de remuneraciones, décimo tercer y décimo cuarto sueldos, vacaciones y pensiones jubilares vitalicias, se debe ordenar también el pago de intereses, desde cuándo se deberían pagar tales intereses y si corresponde a la jueza o juez del trabajo efectuar la liquidación de esos intereses.

3.- ANÁLISIS:

La primera cuestión es si el pago de remuneraciones atrasadas, es decir, en mora, generan en consecuencia intereses.

Cuando existe una obligación de pagar en dinero, como ocurre con las remuneraciones del trabajador que deben ser canceladas en moneda de curso legal, conforme el artículo 87 del Código del Trabajo, en caso de mora del deudor empleador en el cumplimiento de esta obligación, éste deberá pagar la deuda con intereses, así lo establece la regla general sobre el efecto de las obligaciones prevista en el artículo 1575 del Código Civil:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1.- Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un intereses superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;

2.- El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;
3.- Los intereses atrasados no producen interés; y,
4.- La regla anterior se aplicará a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

El artículo 1607 del Código Civil, relativo a cómo debe hacerse el pago de las obligaciones dispone que el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba; y que: "*El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban*".

En consecuencia, toda obligación de pagar una cantidad de dinero, lleva consigo el pago de intereses que constituyen la compensación que recibe el acreedor por la demora en la cancelación de la deuda, ya que no está obligado a soportar los perjuicios que el retardo le ocasionan, siendo el pago de intereses precisamente el resarcimiento por los daños y perjuicios. En materia laboral, el pago de las remuneraciones a que tiene derecho el trabajador en contraprestación a sus servicios debe realizarse oportunamente; de lo contrario, debe incluir intereses, en el evento de que exista retardo injustificado en la cancelación de esas obligaciones; tanto más que el trabajo es un derecho social que está protegido por la Constitución y la ley, debiendo los funcionarios judiciales y administrativos prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos (Art. 5 C.T.). El derecho a percibir intereses se encuentra establecido en el juicio monitorio conforme lo previsto en el artículo 360 del Código Orgánico General de Procesos, para los casos de reclamos de remuneraciones laborales previsto en el artículo 356.5 ibídem. Por lo tanto, en aplicación de los principios de igualdad y equidad, es también procede reconocer este derecho en el caso de las acciones judiciales laborales que se tramitan en juicio sumario.

Debe determinarse desde cuándo se deben intereses en el pago de remuneraciones del trabajador.

En general se deben intereses desde la fecha en que el deudor ha incurrido en mora. El artículo 1567 del Código Civil dispone:

"El deudor está en mora:

1.- Cuando no haya cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora."

En materia laboral, el plazo para el pago de la remuneración del trabajador está determinado en el contrato, pero fundamentalmente en la ley, de tal manera que las estipulaciones contractuales deben sujetarse a la norma legal.

El artículo 80, inciso segundo del Código del Trabajo dispone: *"El salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidad de obra o por tareas. El sueldo, por meses, sin suprimir los días no laborables."*

El artículo 82 del Código del Trabajo establece: "Remuneraciones por horas: diarias, semanales y mensuales.- En todo contrato de trabajo se estipulará el pago de la remuneración por horas o días, si las labores del trabajador no fueran permanentes o se trataren de tareas periódicas o estacionales; y, por semanas o mensualidades, si se tratare de labores estables y continuas. (En el caso de pago por horas se debe entender como el contrato a tiempo parcial).

Si en el contrato de trabajo se hubiere estipulado la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes, la remuneración se pagará tomando en consideración la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a los mínimos vitales generales o sectoriales.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

De igual manera se pagarán los restantes beneficios de ley, a excepción de aquellos que por su naturaleza no pueden dividirse, que se pagarán íntegramente."

El Art. 83 del Código del Trabajo dispone: *"Plazo para pagos.- El plazo para el pago de salarios no podrá ser mayor de una semana, y el pago de sueldos, no mayor de un mes".*

En cuanto a la décimo tercera remuneración, el Art. 111 del Código del Trabajo determina que se pagará hasta el 24 de diciembre de cada año; y el Art. 113 de ese Código determina que la décimo cuarta remuneración se pagará hasta el 15 de marzo en la costa y región insular y el 15 de agosto en la sierra y amazonia.

En lo relativo a vacaciones, el Art. 76 del Código del Trabajo dispone que si el trabajador no hubiere gozado de las vacaciones tendrá derecho al equivalente de las remuneraciones que le correspondan al tiempo de las no gozadas, que se liquidarán conforme al Art. 71 de ese Código; por tanto, en el caso de vacaciones impagas, igualmente corresponde percibirlas con el recargo de intereses.

La jubilación mensual patronal vitalicia constituye un derecho adquirido por el transcurso del tiempo previsto en el Art. 216 del Código del Trabajo; cuyo pago es exigible a partir de la terminación de la relación laboral; y en caso de incumplimiento, también genera intereses, en concordancia con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 245 de 2 de agosto de 1989.

La ley o el contrato establece los plazos en que han de pagarse los sueldos, salarios y remuneraciones de los trabajadores, las fechas en las que corresponde el goce de vacaciones, así como la pensión jubilar patronal mensual; por lo que, el empleador está en mora a partir de la fecha límite para el cumplimiento de esta obligación; fecha que determinará desde cuándo han de calcularse los intereses.

Además, los intereses habrán de calcularse hasta la fecha en que se practique la liquidación, una vez ejecutoriada la sentencia, dentro de la fase de ejecución.

En tercer lugar, sobre el monto de la tasa de interés que debe utilizarse para el cálculo de intereses por mora en el pago de remuneraciones.

Sobre este aspecto, es conveniente recoger el criterio que existía en el derogado artículo 614 del Código del Trabajo, "*...el pago del interés legal que estuviere vigente para préstamo a corto plazo al momento de dictarse la sentencia definitiva,...*" Para el efecto deberá considerarse la tasa de interés activa referencial para las actividades comerciales ordinarias, que mensualmente publica el Banco Central del Ecuador, de acuerdo con el artículo 14, numeral 23 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que determina como funciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera el establecer niveles de crédito, tasas de interés, reservas de liquidez, encaje y provisiones aplicables a las operaciones crediticias, financieras, mercantiles y otras y el artículo 130 de ese Código sobre la facultad de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera para fijar las tasas máximas de interés para las operaciones activas y pasivas del sistema financiero nacional y las demás tasas de interés requeridas por la ley.

Es necesario puntualizar que el artículo 356 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos establece la posibilidad de la persona trabajadora de demandar el pago de remuneraciones mensuales o adicionales que no hayan sido pagadas oportunamente mediante proceso monitorio. En estos casos, el artículo 360 de ese Código dispone: "Desde que se cite el reclamo, la deuda devengará el máximo de interés convencional y de mora legalmente permitido".

Por lo que, para el caso del juicio monitorio, los intereses se calcularán desde la citación con la demanda; esto por existir norma expresa, en consideración a que esta clase de procesos no son de conocimiento, la relación laboral está ya establecida, y lo que se reclama es el pago incumplido de remuneraciones o adicionales, generalmente, de un corto período.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En tanto que para el juicio sumario, al dictar sentencia se debe estar a lo previsto en los artículos 94.3 y 95.9 del Código Orgánico General de Procesos que expresan: "Art. 94**.- Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia**.- Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener: ...3.- La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas"; y, "Art. 95.- **Contenido de la sentencia escrita.**- La sentencia escrita contendrá: ...9.- La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas."; lo cual ha generado dudas en las y los juzgadores de instancia.

Finalmente, es necesario señalar que la liquidación de intereses por el pago de remuneraciones atrasadas y otros rubros la debe efectuar el juzgador de primera instancia, esto en aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 371 del Código Orgánico General de Procesos: "Sin embargo, en los procesos laborales, las y los juzgadores y tribunales de instancia, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar."

4.- CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, se considera que en los juicios laborales en los que en sentencia se condene al empleador al pago de remuneraciones en mora, el juzgador deberá incluir el pago de intereses desde que la obligación se hizo exigible, aplicando para ello la tasa de interés activa referencial para transacciones comerciales establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central.

Que a fin de garantizar la uniformidad de criterios, en aplicación de lo previsto en el Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, debe dictar una resolución de aplicación obligatoria que establezca la obligación de las juezas, jueces y tribunales de instancia de disponer el pago de intereses respecto de remuneraciones en mora.

RESOLUCIÓN No. 08-2016

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el pago oportuno de las remuneraciones establecidas en el contrato individual de trabajo y la ley, constituye un derecho irrenunciable del trabajador, por cuanto es la retribución económica que debe percibir por sus servicios laborales y el medio de sustento para satisfacer sus necesidades;

Que los plazos de pago de los sueldos, salarios o remuneraciones de las personas trabajadoras están expresamente determinados en la ley, en los artículos 76, 80, 82, 83, 111, 113 y 216 del Código del Trabajo, por lo que, la falta de cumplimiento de esta obligación en el momento oportuno ocasiona perjuicios para el trabajador, los cuales deben ser compensados a través del reconocimiento de intereses, por tratarse de una obligación de pago en dinero, acorde con lo establecido en los artículos 1575 y 1607 del Código Civil;

Que el artículo 614 del Código del Trabajo, derogado por la Disposición Derogatoria Octava del Código Orgánico General de Procesos, que tuvo como antecedente la Ley 110 Reformatoria del Código del Trabajo, publicada en el R.O. No. 365, de 10 de noviembre de 1982, disponía que las sentencias que condenen al pago del salario mínimo vital, pensiones jubilares, sueldo y salarios, remuneraciones básicas, décimo tercera, décimo cuarta, etc., dispondrán además el pago del interés legal;

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Que en las judicaturas de primer nivel en materia laboral, ha surgido la duda respecto a cómo aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 94. 3 y 95.9 del Código Orgánico General de Procesos, al dictar sentencia para la condena en intereses al empleador moroso en el pago de remuneraciones, remuneraciones adicionales, vacaciones y pensión jubilar mensual vitalicia.

Que en virtud de la facultad prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias; 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 sujetos al trámite sumario de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos, en que la persona trabajadora demande el pago de remuneraciones mensuales, décimo tercera, décimo cuarta remuneraciones, vacaciones devengadas y no canceladas y la pensión jubilar patronal mensual vitalicia, en caso de sentencia condenatoria, las juezas, jueces y tribunales de instancia, dispondrán el pago de intereses, aun cuando no se lo hubiere solicitado en la demanda, que se calcularán a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta la fecha en que se cumpla la orden de pago; conforme a los plazos establecidos en los artículos 76, 80, 82, 83, 111, 113 y 216 del Código del Trabajo, este último en concordancia con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. No. 245, de 2 de agosto de 1989.

En el caso del pago de remuneraciones reclamadas en juicio monitorio, se estará a lo previsto en el artículo 360 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 2.- La tasa de interés aplicable será la establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central del Ecuador, como tasa de interés referencial para las operaciones comerciales ordinarias, a la fecha en que se reconoce el derecho, esto es, la fecha de la sentencia definitiva.

Art. 3.- La liquidación de los intereses deberá efectuarla la jueza o juez de ejecución, de conformidad con el inciso segundo del artículo 371 del Código Orgánico General del Procesos.

Art. 4.- 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.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiséis días del mes de octubre de dos mil dieciséis.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (V.C.), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Juan Montero Chávez (V.C.) CONJUECES NACIONALES. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

COMPETENCIA PARA JUZGAR DELITOS DE TRÁNSITO

RESOLUCIÓN No. 09-2016
Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016

1. ANTECEDENTES:

1.1.- El Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, doctor Javier de la Cadena Correa, consulta:

Juzgamiento de los delitos de tránsito.- Con la vigencia del COJF, se establece la derogatoria décimo octava, que hace lo propio con varios artículos de la LOTTSV en donde se reglaba el procedimiento para los delitos de tránsito quedando vigente el art. 147 que hace referencia a la competencia de los jueces de tránsito para el juzgamiento de los delitos de tránsito. Con este antecedente, realizada la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio de un delito de tránsito, en qué momento deberá convocarse a la audiencia de juicio? la misma deberá realizarse ante el mismo juez que dicta el auto de llamamiento a juicio? (sic)

1.2.- La doctora Alba Paladines Salvador, Jueza de la Unidad de Tránsito de Quito, hace la siguiente consulta:

En los delitos de tránsito que se tramitan a través de Procedimiento Ordinario, ¿son competentes para conocer la etapa de juicio los jueces de tránsito de primera instancia que conocen de la causa desde el inicio del proceso penal, debiendo inclusive pronunciarse sobre la causa al emitir el auto de llamamiento a juicio, o en su defecto los Tribunales Penales en aplicación del criterio funcional de competencia contenido en el artículo 608 del COIP? (sic)

1.3.- El doctor Carlos Figueroa Aguirre, Juez Provincial de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, consulta:

A fin de unificar criterios jurídicos tendientes a aplicar correctamente las normas procesales penales, amerita se dilucide respecto a la pertinencia o no de que obligatoriamente un Juez de Tránsito, distinto al que dictó el auto de llamamiento a juicio, conozca del juzgamiento. (sic)

1.4.- Las doctoras y los doctores, Rosario Berrezueta Torres, Gina Campoverde Requelme, Cynthia Tandazo Loayza, Vicente Arias Montero, Wilfrido Castillo Jumbo, José Gallardo Romero, Ramiro Loayza Ortega, Fernando Ortega Cevallos y Jonahatan Rodríguez Córdova, Juezas y Jueces de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Machala, han remitido la siguiente consulta:

A nuestro criterio el juez de instancia, debe sustanciar el proceso únicamente hasta la etapa intermedia, y emitir un Auto de llamamiento a juicio motivado; correspondiéndole a otro juez por sorteo, de igual nivel conocer la etapa de juzgamiento, a efectos de garantizarles a las partes, una verdadera tutela judicial efectiva, cómo lo prevé el artículo 75 de la Constitución del Ecuador y se respeten los principios de seguridad jurídica, e imparcialidad.

Al momento de dictar auto de llamamiento a juicio, el juzgador está emitiendo un criterio sobre la causa, entonces el juzgador pierde la imparcialidad pues en la audiencia de juzgamiento, va a valorar los mismos elementos de convicción, pero ya convertidos en prueba, obiter dicta, está contaminado. (sic)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.5.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión ordinaria de fecha 28 de septiembre de 2016**,** dispuso que la temática a la que hacen relación las consultas antes planteadas, y que oportunamente fueran remitidas al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y que en primer término fueran motivo de análisis por parte de la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti y el señor doctor Jorge Blum Carcelén, Jueza y Juez Nacional, y por parte de la Dirección Técnica de Asesoría Jurídica, sea debatido entre las y los magistrados de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

2. COMPETENCIA DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

2.1.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, le corresponde determinar la adecuada aplicación de la ley consultada aclarando las circunstancias de duda, puestas a su conocimiento; el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que 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; (...)".

2.2.- Sobre la facultad de las juezas y jueces ordinarios, y del máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador, la Corte Constitucional, ha establecido:

"(...) Al respecto, esta Corte Constitucional mediante la sentencia N° 202-14-SEFcc dictada dentro del caso N° 950-13-EF señalo que: '... no es competencia de la justicia constitucional el pronunciarse respecto a la debida o indebida aplicación e interpretación de disposiciones normativas de naturaleza infraconstitucional, toda vez que para el efecto el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de los intérpretes normativos correspondiente-justicia ordinaria' (...)"[1].

3 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

3.1.- Consideraciones previas:

3.1.1.- 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, la libertad, la salud, la igualdad formal y material, a la integridad, a la seguridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, a la propiedad, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

3.1.2 La Constitución de la República del Ecuador, garantiza el debido proceso, que implica entre otros derechos:

> "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] Corte Constitucional, Sentencia N. 26-16-SEP-CC dictada en el caso N. 0920-12-EP.

> 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 este 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: **Solo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento** (...)" (las negrillas fuera del texto).

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, dentro de la sentencia Fermín Ramírez vs. Guatemala, del 18 de junio de 2005, al tratar lo que denomina debido proceso adjetivo, al preceptuarlo, hace alusión a la Opinión Consultiva OC-18, párrafo 123, e indica que la Corte ha dicho que es el "(...) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos." Hace relación también a la Opinión Consultiva OC-16, párrafo 117 que dice:

> (...) es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.

3.1.4.- Otro de los componentes del debido proceso resulta ser el derecho de las personas a la defensa, que a su vez tiene integradas algunas garantías, entre ellas la de contar con un juez imparcial para su juzgamiento, tenemos así que el artículo 76.7.k de la Constitución de la República 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:
>
> 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.[2]

Como vemos, dentro del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho genérico a la defensa, que incluye algunas garantías, entre ellas la de ser juzgado por un juez imparcial, esto como un pilar fundamental en los que se sustenta la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.[3]

Recordemos que el artículo 75 de la Constitución de la República, reconoce la tutela judicial efectiva, **imparcial** y expedita:

> 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.

---

[2] Al desarrollar el precepto constitucional, el COIP, en su artículo 5 numeral 19, expone: "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: 19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley."

[3] Art. 82 de la Constitución de la República: "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."

3.1.5.- El proceso penal ecuatoriano con la promulgación del Código de Procedimiento Penal del año 2000, adoptó el sistema acusatorio, el cual se mantiene en vigencia con el COIP. Esta concepción no entra en discusión, mas es menester indicar que en la exposición de motivos y en los considerandos para la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se expone expresamente:

> En materia de procedimiento penal Ecuador ha tenido más de cinco leyes. El Código de Procedimiento Penal vigente desde el año 2000, introdujo un cambio fundamental en relación con el procedimiento de 1983: el sistema acusatorio. Sin embargo, no fue de fácil aplicación y sufrió múltiples modificaciones. En total, el Código se ha reformado catorce veces. Estas reformas no tomaron en cuenta las normas penales sustantivas y pretendieron cambiar el sistema penal, modificando solamente una parte aislada.
>
> Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos **del sistema acusatorio,** con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales (negrillas fuera del texto).

3.1.6.- Por sobre la **imparcialidad** del juzgador, **garantía esencial del sistema acusatorio**, encontramos que:

i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina en su artículo 10 que:

> Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.1 dispone:

> 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.

El Articulo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democratita, o cuando lo exija el interés de la vida privada de tas partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El Estatuto del Juez Iberoamericano, dictado en fecha 25 de mayo de 2001, a raíz de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, por sobre la imparcialidad del juez dictamina:

> Art. 7. Principio de imparcialidad. La imparcialidad del juez es condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Art. 8. Imparcialidad objetiva. La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía.

ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia Herrera Ulloa vs Costa Rica, de fecha de 2 de julio de 2004, ha expuesto que la imparcialidad es una garantía fundamental del debido proceso, con la que, por un lado se busca asegurar la objetividad del juzgador, y por otro, inspirar la confianza necesaria de las partes, la que ha de extenderse a los ciudadanos de una comunidad democrática.

En sentencia Barreto Leiva vs Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte ha señalado que el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial implica que: "el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad".

En la sentencia Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, de fecha 5 de agosto de 2008, sobre la imparcialidad, la Corte ha dicho que ésta tiene que ver con la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, que a su vez exige condiciones, tanto para el juez como para para la ciudadanía, esto es la apariencia de imparcialidad y la convicción del justiciable.

Finalmente en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, sobre el principio de imparcialidad se ha pronunciado en sentencia de 22 de noviembre de 2005:

b) Derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial.

145. La corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial 1196.

146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

147. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

iii) La jurisprudencia europea, ha cuidado de forma expresa que el tribunal enjuiciador sea imparcial, tratando de evitar que el juez tenga una opinión predeterminada por sobre los asuntos que va a fallar, y en especial evitar que el juez sea "contaminado", en el sentido de que, el proceso penal es un todo y por ende el juez que ha participado en la fase de instrucción no sea el juez que ha de fallar luego en el juicio, conceptos que los encontramos desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos en las sentencias Castillo Algar c. España del 28 de octubre de 1998 y en Perrote Pellón c. España del 27 de julio de 2002. Textualmente citaremos el siguiente criterio de la Corte en el caso De Cubber c. Bélgica en sentencia de fecha 26 de octubre de 1984.

Por la propia dirección, prácticamente exclusiva, de la instrucción preparatoria de las acciones penales emprendidas contra el requirente, el citado magistrado se había formado ya en esa fase del proceso, según toda verisimilitud, una idea sobre la culpabilidad de aquel. En estas condiciones, es legítimo temer que,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

> cuando comenzaron los debates, el magistrado no disponía de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad necesarias…En relación a aquello, las apariencias también pueden ser importantes; en palabras de la máxima inglesa citada en, por ejemplo, la sentencia Delcourt del 17 de enero de 1970..."no sólo se debe hacer justicia: antes bien, también debe parecer que se hace justicia".

Ajustando su criterio, la Corte Europea ha determinado luego, que no basta que el juez haya meramente actuado en la etapa de instrucción para censarlo por falta de imparcialidad, sino que debía importar el alcance y naturaleza de esas decisiones, siendo así se consideró que en la decisión previa, el juez debía tener una apreciación de los elementos presentados (en el juicio) y debió haber emitido alguna conclusión en cuanto al papel del demandado. Encontramos entonces que si el juez que conoció previamente la causa, valoró los medios probatorios, entonces se ve afectado en su imparcialidad. Criterios que los encontramos en las sentencias Bulut c. Austria de fecha 2 de febrero de 1991, y Hauschildt c. Dinamarca de 1990 y Castillo Algar c. España de 28 de septiembre de 1998.

En esa línea el Tribunal Constitucional español, en sentencia STC 157/1993, estableció:

> Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro -en el juicio o en el recurso- una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción.

iv) En nuestra región cabe resaltar la sentencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, en el caso Llerena Horacio Luis/Abuso de armas, de agosto de 2005, en donde se dio una interpretación en el sentido de que:

> La garantía de imparcialidad del juzgador es uno de los pilares en los que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio, y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, y su vinculación con las pautas de organización del Estado...
>
> Cuando la mencionada disposición procesal establece que el Juez Correccional, investigará y juzgará, no quiere decir que deba tratarse de la misma persona física, que intervenga en las dos etapas o tramos del proceso, porque ello no resulta compatible con la garantía de imparcialidad. Así un Juez Correccional realizará la etapa instructora y otro el plenario.

v) El tratadista argentino Julio B. J. Maier, es coincidente con los criterios de la jurisprudencia, y nos dice por sobre la imparcialidad del juzgador lo siguiente:

> La imputación, por lo demás, no debe comprometer al tribunal que juzga, esto es, no debe partir de él: para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento. Ésta es la máxima fundamental del principio acusatorio, expresada en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore,* aforismos, que, en el procedimiento penal...tienen un significado puramente formal, para posibilitar la defensa del imputado y la imparcialidad del tribunal...[4]

[4] MAIER, Julio B. "Derecho Procesal Penal: Parte General, Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 554.

> Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo xx fue dividir el poder, para tornarlo soportable. El procedimiento siguió esa misma idea, se intentó distribuir el proceso en "diversos estadios, bajo órganos diversos, que deben controlar mutuamente" sintéticamente, uno debía ser el órgano que investigaba preliminarmente el caso y otro el que juzga, para acentuar la imparcialidad de éste último frente al caso era conveniente, incluso, que ni siquiera se le suministrara una carpeta con sus antecedentes. Está claro, entonces, que la función de investigar para decidir si va a realizarse un juicio contra una persona, y la de juzgar a esa persona, no puede ser cumplida por un mismo juez...en la estructura judicial, quien instruyó el proceso penal, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia.[5]
>
> Igualmente Jorge A. Claría Olmedo, es contundente al afirmar que:
>
> Esto hace que, en principio, instruir y sentenciar sean incompatibles, de donde surge la conveniencia o, mejor aún, la necesidad de evitar que esas dos actividades correspondan a una misma persona dentro de un único proceso.
>
> Estas conclusiones traen como consecuencia la necesidad de que el magistrado interviniente en la primera etapa del proceso sea apartado del conocimiento de la segunda.
>
> De esta manera se protege la imparcialidad del tribunal durante el juicio y la sentencia.[6]

Finalmente es de resaltar el criterio de Ferrajoli, para quien la garantía de la imparcialidad del juzgador debe ser exigida en todos los procesos, y por todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse a persona alguna de su amparo. [7]

vi) Como vemos, lo estatuido con relación al derecho a un juez imparcial, tanto por los instrumentos internacionales, la jurisprudencia supranacional y la doctrina, es amplia y suficiente, de ahí que correctamente el asambleísta constituyente, al recoger estos postulados, expresamente nos habla del juez imparcial, como una garantía del derecho a la defensa, implícita en el debido proceso, e integrante además de la tutela judicial efectiva, esta última determinada en el artículo 75 de la Constitución de la República. A su vez el legislador al desarrollar estos preceptos en el Código Orgánico Integral Penal, reconoce la imparcialidad del juzgador en el artículo 5.19,[8] al igual que le Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 9. [9]

El COIP además ha previsto que esta garantía puede ser violentada de diversas formas o por varias situaciones, en cuyo caso los juzgadores están en la obligación de apartarse del conocimiento de la causa,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

---

[5] Op cit. P. 760 a 761.

[6] CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.," Tratado de derecho procesal penal", t. II, Cuarta Edición. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 76.

[7] FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal" Quinta Edición. Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 539.

[8] 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: 19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

[9] 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 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.
Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

so pena de provocar la nulidad de la misma; de esta forma el artículo 572 del C01P[10], establece las causas de excusa y recusación en materia penal.

Basta recordar, además, que por imperativo constitucional, los derechos y garantías determinados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos son de inmediata y directa aplicación por parte los jueces, sin que ninguna norma pueda restringirlos, debiendo la norma interpretarse conforme más favorezca a su efectiva vigencia; y, además ser desarrollarlos de manera progresiva a través de la legislación y la jurisprudencia.[11] Coherentemente el COIP, determina en materia penal que:

> Art. 13.- 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.

3.1.7.- Sobre el tema en estudio, relacionado con la materia de la consulta, encontramos que dentro del procedimiento ordinario previsto en el COIP, en los artículos 580 y siguientes, el juez unipersonal competente para conocer las etapas de instrucción, y de evaluación y preparatoria de juicio, concluye su actuación comunicando su "resolución" conforme lo prevé el articulo 604.5 *ejusdem*, pudiendo ser la misma, de sobreseimiento o de llamamiento a juicio[12].

---

[10] Art. 572.- Causas de excusa y recusación.- Son causas de excusa y recusación de las o los juzgadores, las siguientes: 1. Ser cónyuge, pareja en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, de su mandatario o de sus defensores. 2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando sea de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero o cooperativas. Da lugar a la excusa o recusación establecida en este numeral solo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio. 3. Tener juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes si el juicio es civil y cinco años si el juicio es penal. La misma regla se aplicara en el caso de que el juicio sea con su cónyuge pareja en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, de los de su cónyuge, pareja en unión de hecho o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 5. Ser asignatario, donatario, empleador o socio de alguna de las partes. 6. Fallar en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella. 7. Intervenir en el proceso como parte, representante legal, apoderado, juzgador, defensor, fiscal, acusador, perito, testigo o intérprete. 8. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los sujetos procesales. 9. Ser penado, multado o condenado en costas en la causa que conoce, en caso de que la sanción sea impuesta por otro juzgador. 10. Tener vínculo con las partes, la víctima o sus defensores por intereses económicos. 11. Dar consejos o manifestar su opinión sobre la causa. 12. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley. En la medida en que sean aplicables, las y los fiscales deberán excusarse ante la o el fiscal superior o podrán ser separados del conocimiento del proceso por los mismos motivos detenidos respecto de los juzgadores. Las o los juzgadores y fiscales presentaran sus excusas con juramento.

[11] Art. 11 numerales 3,4,5,6, 8 de la Constitución de la República.

[12] COIP, "Art 605.- Sobreseimiento.- La o el juzgador dictara auto de sobreseimiento en los siguientes casos: 1. Cuando la o el fiscal se abstenga de acusar y de ser el caso, dicha decisión sea ratificada por el superior. 2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada. 3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad.
Art. 608.-**Llamamiento a juicio.- La resolución motivada de llamamiento ajuicio incluirá:**
1. La identificación del o los procesados. 2. La determinación del o los hechos y el delito acusado por la o el fiscal, así como el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables. 3. La aplicación de medidas cautelares y de protección no dictadas hasta el momento o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las mismas, dispuestas con antelación. 4. Los acuerdos probatorios que han convenido los sujetos procesales y aprobados por la o el juzgador. 5. Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtieren efectos irrevocables en el juicio. 6. El acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios, son los únicos enviados al tribunal y el expediente será devuelto a la o al fiscal.

Al observar la serie de requisitos que deben contener la resolución de llamamiento a juicio, encontramos que la imparcialidad con la que debe contar el juzgador, queda ya contaminada al momento de elaborarla, por lo que no podría continuar en la posterior etapa en conocimiento de la causa; es así que debemos entender que esta situación, es un impedimento para que el juez pueda continuar actuando en el juicio.

3.2.- Problema suscitado con la normativa vigente

3.2.1 La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTTSV), preveía el procedimiento a seguir en la tramitación de los juicios por delitos de tránsito, los que también se encontraban dispuestos en ese cuerpo legal especial.

Dicho procedimiento consistía fundamentalmente en la audiencia de formulación de cargos con la que se daba inicio a la instrucción fiscal, la que variaba en el tiempo de duración dependiendo de si se trataba de un delito flagrante o no; concluido el plazo de la instrucción fiscal, el fiscal debía presentar su dictamen, y en caso de ser acusatorio, el Juez de Tránsito convocaba a la audiencia oral pública de juzgamiento, que concluía con la sentencia respectiva dictada por el referido Juez de Tránsito, quien era el competente para tramitar este tipo de procesos.

3.2.2.- Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en la Disposición Derogatoria Décimo Octava[13], se derogaron varias normas de la LOTTTSV, en especial las concernientes a los delitos de tránsito y al procedimiento a seguir en los juicios por esta clase de infracciones.

Es así que en el COIP, los denominados delitos de tránsito se encuentran establecidos dentro del Capítulo Octavo, Titulo IV, Libro Primero, sin que se observe un procedimiento especial que los diferencie de los demás delitos en su juzgamiento.

Este cuerpo legal prevé en su artículo 19, que las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones; a su vez, en cuanto a la acción penal por delitos, señala el artículo 410 que el ejercicio de la acción penal es público y privado, no encontrándose dentro de los delitos de ejercicio privado de la acción, a los de tránsito; en consecuencia, estos pertenecen al universo de delitos de ejercicio público de la acción.

Igualmente, el COIP ha previsto varios procedimientos que pueden seguirse; así, tenemos el procedimiento ordinario, y los procedimientos especiales que son: abreviado, directo, expedito y procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal. Específicamente, para los delitos de ejercicio público de la acción, tenemos de manera general dos opciones claramente definidas, el procedimiento ordinario y el directo.

De conformidad con el artículo 640.2 del COIP, el procedimiento directo se aplica respecto a los delitos calificados como flagrantes sancionados con una pena máxima de hasta cinco años de privación de la libertad, y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, con las excepciones señaladas en la misma norma. Por lo tanto, para los demás delitos de ejercicio público de la acción, se debe aplicar el procedimiento ordinario, constante en el Título VII del Libro Segundo del COIP.

[13] DECIMO OCTAVA: Deróguense del Título III denominado "De las Infracciones de Tránsito" constante en el Libro Tercero de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 07 de agosto de 2008, lo siguiente: el Capítulo 1, el Capítulo II, el Capítulo III, el Capítulo IV, el Capítulo V, los artículos 149, 150, 151 y 152 del Capítulo VI, el Capítulo VIII, los artículos 160, 161, 162, 167, 168, 169, 170, 171, 172,173 y 174 del Capítulo IX, los artículos 175 y 176 del Capítulo X; y los artículos 177, 178, 178.1 y 180 del Capítulo XI.

En este orden de ideas, al producirse un delito de tránsito, se pueden presentar las siguientes probabilidades:

a) Que se trate de un delito flagrante y cuyo máximo de la pena no exceda de cinco años de privación de la libertad;
b) Que el delito sea sancionado con una pena cuyo máximo sea superior a cinco años de privación de la libertad; y,
c) Que no se trate de un delito flagrante.

En dichos casos corresponde la aplicación, del procedimiento directo en el primero, y del procedimiento ordinario en los siguientes.

Respecto al procedimiento directo, el artículo 640 del COIP, prevé:

> Art 640.- Procedimiento directo.- El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:
>
> 1. Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la cual se regirá con las reglas generales previstas en este Código.
>
> 2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes.
>
> Se excluirán en este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida e integridad y libertad personal con resultado de muerte.
>
> 3. La o el juez de garantías penales será competente para sustanciar y resolver este procedimiento.
>
> 4. Una vez calificada la flagrancia, la o el juzgador señalará día hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de diez días, en la cual dictará sentencia.
>
> 5. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito.
>
> 6. De considerar necesario de forma motivada de oficio o a petición de parte la o el juzgador podrá suspender el curso de la audiencia por una sola vez, indicando el día y hora para su continuación, que no podrá exceder de quince días a partir de la fecha de su inicio.
>
> 7. En caso de no asistir la persona procesada a la audiencia, la o el juzgador podrá disponer su detención con el único fin de que comparezca exclusivamente a ella. Si no se puede ejecutar la detención se procederá conforme a las reglas de este Código.
>
> 8. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial.

Conforme se desprende de la norma transcrita, este procedimiento no contiene etapas, sino que concentra toda actividad en una sola audiencia, la que es de competencia exclusiva de un solo juez unipersonal.

Por el contrario, el Procedimiento Ordinario se encuentra dividido en etapas claramente marcadas, como así lo señala el artículo 589 del COIP[14], en cuyo caso los jueces competentes son, un juez

[14] Art. 559.- Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas:
1. Instrucción.
2. Evaluación y preparatoria de juicio.
3. Juicio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

unipersonal encargado de las etapas de instrucción y, de evaluación y preparatoria de juicio; mientras que, para conocer la etapa de juicio, su trámite corresponde al Tribunal de Garantías Penales, aclarando que la actuación del juez unipersonal, concluye con la emisión del sobreseimiento o del llamamiento a juicio, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

3.2.3 Mas ocurre que en cuanto a la competencia en materia de tránsito, conforme la Disposición Derogatoria Décimo Octava del COIP, quedó en vigencia el artículo 147 de la LOTTTSV, el cual a su vez es reformado por la Disposición Reformatoria Novena de aquel cuerpo legal, se dispone:

> **"NOVENA:** En la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, refórmense las siguientes disposiciones: (...)
>
> 1. Sustitúyase el articulo 147 por el siguiente:
>
> **Art. 147.-** El juzgamiento de los delitos de tránsito establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, **corresponderá en forma privativa a las juezas y jueces de tránsito dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales, o a quienes hagan sus veces,** y a las demás instancias determinadas en el Código Orgánico de la Función Judicial.
>
> Para el juzgamiento de las contravenciones en materia de tránsito establecidas en el Código Integral Penal, se crearán los Juzgados de Contravenciones de Tránsito, en las capitales de provincia y en los cantones que lo ameriten, bajo la jurisdicción de la Función Judicial.
>
> Para el control y ejecución de las contravenciones de tránsito establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, serán competentes los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Municipales y Metropolitanos de la circunscripción territorial donde haya sido cometida la contravención, cuando estos asuman la competencia; y la Comisión de Tránsito del Ecuador en su jurisdicción.
>
> Cuando el Agente de Tránsito del Gobierno Autónomo Descentralizado vaya a sancionar una contravención que implique privación de libertad, podrá requerir inmediatamente la asistencia de la Policía Nacional o de la Comisión de Tránsito de Ecuador para la detención del infractor (negrillas fuera de texto).

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial establece en el artículo 229:

COMPETENCIA DE LAS JUEZAS Y LOS JUECES DE TRÁNSITO.- Son competentes para **conocer; sustanciar y dictar sentencia, según sea el caso, en los procesos por infracciones de tránsito de acuerdo a la ley de la materia** (negrillas fuera de texto).

4. CONCLUSIÓN:

4.1. Del análisis normativo realizado, en virtud de las consultas formuladas por diferentes administradores de justicia del país, se desprende que, cuando se inicien juicios penales por delitos de tránsito, estos podrán seguir dos clases de procedimiento:

a) Cuando se trate de delitos de tránsito calificados como flagrantes y la pena privativa de libertad prevista para el tipo penal no sea superior a cinco años, corresponde aplicar el procedimiento directo, y por mandato del artículo 229 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con la Disposición Reformatoria Novena ibídem que reforma el artículo 147 de la LOTTTSV, el competente para conocer todo el proceso hasta dictar la sentencia que corresponda es el "Juez de Tránsito" legalmente designado.

b) En el caso de que el delito de tránsito no sea flagrante, de conformidad con lo determinado en el artículo 229 del COFJ en concordancia con la Disposición Reformatoria Novena ibídem que reforma el artículo 147 de la LOTTTSV, es el juez o la jueza de tránsito que tiene

la competencia exclusiva para conocer, sustanciar y resolver en sentencia los juicios que le han sido sorteados, dejando de esta forma de lado el proceso ordinario (etapa de juicio ante Tribunal Penal) determinado en el COIP para los demás delitos.

Corresponde al juez o jueza especializado en materia de tránsito conocer y resolver la etapa de juicio y al entender que la disposición del artículo 229 del COFJ, contiene un criterio estructural por sobre la competencia material, esto no quiere decir que aquella sea a título personal del mismo juez o jueza; siendo así, es indispensable que, una vez fenecida la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, y se haya dictado la resolución de llamamiento a juicio de tránsito, el juez o jueza que lo dictó, se aparte del conocimiento de la causa; y, mediando sorteo, pase a resolución de otro juez o jueza de la misma materia, para que sustancie la etapa de juicio, todo ello como mecanismo que garantice a los sujetos procesales contar con un juez imparcial en el juicio oral.

4.2.- Por cuanto existe la duda por parte de varios jueces a nivel nacional sobre el tema estudiado, es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dicte una resolución general y obligatoria, acorde con lo dispuesto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad del trámite, conforme se desprende de su artículo 76.3, que señala que "Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 75 garantiza a los justiciables, el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; de igual forma garantiza el derecho a la defensa, que contiene entre otras garantías, el contar con jueces imparciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.7.k), que prevé "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías. (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente";

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 Código Orgánico Integral Penal (COIP), con la Disposición Derogatoria Décimo Octava, dejó en vigencia el artículo 147 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; y, con la Disposición Reformatoria Novena reformó dicha norma, dando competencia para el juzgamiento de los delitos de tránsito previstos en el Código Orgánico Integral Penal, a las juezas y jueces de tránsito;

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, prevé en su artículo 229, que las juezas y los jueces de tránsito, son competentes para conocer, sustanciar y dictar sentencia, según sea el caso, en los procesos por delitos de tránsito de acuerdo con la ley de la materia.

Que en el procedimiento directo se concentra toda la actividad, esto es las etapas previstas en la ley, en una sola audiencia, la que es conocida exclusivamente por una jueza o un juez unipersonal, y concluye con la dictación de la sentencia correspondiente.

Que en el proceso ordinario, el COIP dispone que concluida la instrucción fiscal, la jueza o el juez que conoce la causa convocará a la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio, en donde el fiscal

acusará o no, y se conocerá y resolverá sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento, se establecerá la validez procesal, se valorarán y evaluarán los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, se excluirán los elementos de convicción que resultan ilegales, se delimitarán los temas a ser debatidos en el juicio oral, se anunciarán las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y se aprobarán los acuerdos probatorios y finalmente el juez sobreseerá o llamará a juicio, todo ello de conformidad con los artículos 601 al 604 del COIP. La resolución de llamamiento a juicio, debe ser motivada y contener todos los requisitos determinados en el artículo 608 *ejusdem.*

Que la entrada en vigencia del COIP, así como la redacción del artículo 229 del Código Orgánico de la Función Judicial, y del artículo 147 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; han provocado confusión en las y los administradores de justicia del país en materia de tránsito, por cuanto se considera que sería la misma jueza o el mismo juez quien conoció la etapa de instrucción, de evaluación y preparatoria de juicio, la o el que deba conocer la etapa de juicio, lo que sin lugar a dudas contraviene la garantía que tienen los sujetos procesales a contar en el juicio oral con un juez imparcial.

Que es obligación del Estado, por imperativo constitucional, garantizar a todas las ciudadanas y los ciudadanos, el contar con una jueza o juez imparcial durante el juzgamiento. Esta garantía se materializa al distinguir entre la jueza o el juez que actuó en la instrucción y la etapa evaluatoria y preparatoria del juicio, y el que actuará en el juicio oral; no pudiendo este último haber atendido y resuelto temas que tengan que ver con la participación del acusado en el hecho que se investiga, ni haber decidido por sobre los medios probatorios que serán debatidos en el juicio, situación que evidentemente si ocurre al momento en que la jueza o el juez de tránsito, elabora la resolución de llamamiento a juicio, no puede, por tanto, ser ésta o éste mismo administrador de justicia quien conozca del juzgamiento; pues, esto afecta su imparcialidad objetiva, que permite, a su vez, que los sujetos procesales se encuentren en igualdad de condiciones frente al juzgador.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

Articulo 1.- Cuando se deba juzgar un delito de ejercicio público de la acción contemplado en el Capítulo Octavo, Titulo IV, Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, que trata sobre las infracciones de tránsito, y el mismo sea calificado como flagrante y la pena privativa de libertad prevista para el tipo penal no sea superior a cinco años, será competente para conocer todo el proceso hasta dictar la sentencia que corresponda, la Jueza o el Juez de Tránsito legalmente designado.

Articulo 2.- En los demás casos que no se contemplan en el artículo anterior, la Jueza o el Juez de Tránsito designado legalmente será competente para conocer las etapas de instrucción y, de evaluación y preparatoria de juicio; y, de ser su pronunciamiento el de llamar a juicio, o se revoque el sobreseimiento, se designará mediante sorteo a otra jueza o juez de la materia, para que sustancie y resuelva la etapa de juicio; debiendo a ésta o a éste remitirse el acta de la audiencia y los anticipos probatorios, conforme así lo prevé el artículo 608.6 del COIP.

Esta Resolución, regirá desde su publicación en el Registro Oficial, y será de cumplimento generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiséis días del mes de octubre de dos mil dieciséis.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Juan Montero Chávez, CONJUECES NACIONALES. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD-LITEM

RESOLUCIÓN No. 10-2016
Suplemento del Registro Oficial 950, 22 de febrero de 2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES:

1.1. Los niños, niñas, adolescentes y los demás incapaces civiles como sujetos de especial protección:

El ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, dispensa a los niños, niñas y adolescentes y demás incapaces, un conjunto de derechos de fuente constitucional, convencional y legal, considerados como grupo humano que goza de atención prioritaria del Estado, destacando que, -se atenderá al principio de su *interés superior*[1] *y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*- (cursiva fuera de texto)

1.2. Sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes:

Este principios constituye la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha elevado a rango de norma fundamental, en cuya consecuencia las legislaciones nacionales han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico, asimismo se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda autoridad,[2] en aquellos casos en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.

En la doctrina, "[...] el interés superior del niños es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican.[3] Pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone *per se,* la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del Niño, como

[1] Ver art. 35, 44, 45 y 69 CRE.
[2] Miguel Cillero Bruñol, en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, (edit), Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia, Quito, 2010, p. 97, disponible en http://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-niñez.pdf
[3] Ibídem, p.99.

la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes.

El reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos; [4] de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos o a través de sus representantes legales, tutores o curadores.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, al respecto se pronuncia:

> [...] el interés superior del menos no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y racional,[5] sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con tolo el cuidado que requiere su situación personal [...][6]

1.3. En el ámbito procesa, las personas que por su edad, su condición física, psíquica o sensorial (menores de edad y demás incapaces civiles), no pueden comparecer a ejercer sus derechos por sí mismas, en situación de igualdad frente a los demás, para su protección la ley ha establecido el régimen de la incapacidad de ejercicio, en oposición a la regla de la capacidad, que tienen todas las personas, excepto las que la ley declara incapaces.[7]

Capacidad que en sentido general es la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, equivalente a la noción de personalidad jurídica.

Dentro de este concepto hay que distinguir, la capacidad de goce o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, de la capacidad de ejercicio o capacidad legal, que en sentido estricto, consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra. Quien carece de capacidad legal o de ejercicio es incapaz, dentro de esta categoría se encuentran los menores de edad, los dementes, los sordomudos, los disipadores, etc., como expresamente lo determina la legislación civil.

1.4. El régimen establecido sobre la incapacidad de ejercicio, que involucra a este grupo humano, se explica y tiene sentido, por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran frente al ejercicio de sus derechos, de ahí que este concepto en sí, no es discriminatorio al limitarles su capacidad de ejercicio, al contrario, se trata de otorgarles una protección legal, bajo la consideración, que la discusión de los intereses jurídicos con esta clase de sujetos de derecho, no puede darse en igualdad de condiciones, por lo que requieren de acciones positivas,.

Por esta razón y en orden a velar por los derechos e intereses de los incapaces, es que el legislador creó, *la representación legal,* institución por la cual se coloca a unos sujetos al cuidado de otras, quienes pueden

---

[4] Domingo A. Lovera Parmo, "Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía, en Miguel Cillero, director, Justicia y Derechos del Niño, Número 11, disponible en http://www.uniceg.org/argenina/spanish/Justicia -y_Derechos_11_web.pdf

[5] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto que el padre de la menor le impedía hacerlo.

[6] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia /-397 de 2004 (Ponente, Manuel Cepeda Espinosa)

[7] Ver art. 1561 y siguientes del Código Civil

y deben actuar en su nombre y representación, vinculándoles a los efectos que de sus actos deriven, cono si hubieran ejecutado ellos mismos.[8]

2. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE RIGE PARA LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES, EN EL EJERCICIO Y GOCE DE SUS DERECHOS:

Entre los derechos constitucionales que deben ser particularmente efectivos para los niños, niñas y adolescentes, se destacan:

Art. 44.- el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su *interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.* (cursiva fuera de texto)

Art. 45.- La niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al 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 a su libertad y dignidad; *a ser consultados en los asuntos que les afecten*; a educarse (...); y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuere perjudicial para su bienestar.

CONSIDERANDO:

Que el Ecuador al ratificar la Convención de los Derechos del Niño (1990), convierte a este instrumento jurídico internacional, en parte del ordenamiento jurídico nacional, y, asume un posicionamiento ético y político al reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos con la adopción de la Doctrina de la Protección Integral como paradigma de reflexión y acción.

Que el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el marco del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, impone el derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecte directamente, o, por medio de un representante u órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Que la Constitución de la República en los arts. 35 y 45, y en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el art. 31 inciso final establecen, que los niños, niñas y adolescentes, recibirán atención prioritaria del Estado y deben ser consultados en los asuntos que les afecten y/o –escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.-

En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), entre los Principios Fundamentales, el artículo 11 inciso último consagra: "El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente *la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla."* (cursiva fuera de texto); entre los Derechos de Participación se garantiza: "Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá

[8] Ver artículo 1461 ibídem.

en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún, niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionada de cualquier forma para expresar su opinión".

Que el artículo 398, inciso primero del Código Civil, señala: "Toda tutela o curaduría debe ser discernida, excepto la curaduría para pleito o ad-litem. En esta el decreto del Juez y la diligencia de aceptación del cargo valen por discernimiento (...)"

Que el artículo 515, inciso segundo del Código Civil, establece: "(...) Los curadores para pleito o ad-litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito."

Que el artículo 32, incisos segundo y tercero del COGEP, dispone: "Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.

En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador adlitem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes."

Que el COGEP en el artículo 122 Diligencias Preparatorias, previene: "Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias: ...4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta."

El artículo 108 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prescribe: "Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos."

Que las normas del COGEP han suscitado dudas respecto al procedimiento y el momento en el que debe escucharse al niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarse, a efecto de la designación y posesión del curador ad-litem o especial para juicio, que debe representarlo en los casos en que carezca de representación legal o exista conflicto de intereses de éste o ésta con su padre o madre. Así como al procedimiento a seguirse para dotar de curador/a a los adultos/as incapaces en los casos previstos en el Código Civil.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho **opine** sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora para el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses.

Artículo 2.- En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora.

Artículo 3.- Efectuada la elección en una de las formas previstas en los artículos que anteceden, el juez/a designará en providencia al curador/a y dispondrá su comparecencia para la posesión del cargo. Cumplida esta diligencia, el juez/a llevará a cabo la audiencia que corresponda según la naturaleza del juicio.

Artículo 4.- Para el nombramiento de tutor, tutora, curador o curadora que debe representar a los incapaces que carezcan de guardadora o guardador de los que trata el artículo 122.4 COGEP, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en los artículos que anteceden, previo al discernimiento del cargo, con las solemnidades previstas en el Código Civil.

Artículo 5.- En el evento de que el tutor, tutora, curador o curadora que resulte nombrado, se encuentre inmerso en una de las causas de incapacidad previstas a partir del artículo 518 y siguientes del Código Civil; o incumpla las obligaciones legales atinentes a su cargo y su negligencia le resulte manifiesto perjuicio a los intereses y derechos de su representado/a, a petición de parte o de oficio, justificada la causa que la provoque, el juez/a dispondrá la remoción de su cargo, y acto seguido designará a la persona que debe actuar en su reemplazo, siguiendo el procedimiento previsto en las reglas anteriores.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio 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 veintiún días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (V.C.), Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Beatriz Suárez, Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONAL. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

Gaceta Judicial

año 2016

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 292-2016
Juicio nro. 0082-2009

Juicio de impugnación de resolución del IESS que niega compensación de gastos médicos, propuesto por Tito Ismael Jaramillo Yagual, en contra del Director General del IESS y el Procurador General del Estado

SÍNTESIS

El actor de la causa Tito Ismael Jaramillo Yagual, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación de los artículos 3 y 7 de la Resolución 752 del Consejo Superior del IESS, deduce recurso de casación respecto del fallo expedido por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil que declara sin lugar la demanda propuesta por el recurrente en contra del Director General del IESS, con la pretensión de que el demandado pague los gastos médicos incurridos en la atención electiva recibida en un centro médico distinto a las dependencias el IESS.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conoce esta causa en virtud de la resolución del Pleno de la Corte Constitucional que, al declarar vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica, acepta la acción extraordinaria de protección planteada por el demandante, deja sin efecto la sentencia dictada por la Sala Temporal de Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y dispone que, previo sorteo, otro Tribunal de la Sala en mención conozca y resuelva el caso tomando en consideración los razonamientos constitucionales expuestos en su sentencia.- Esta nueva Sala, luego del análisis pertinente, estima que no ha estado en peligro el derecho a la salud del recurrente que haga obligatoria la corrección jurídica en base a principios constitucionales y del Derecho Internacional de Derechos Humanos para proteger la vigencia de ese derecho, que el IESS no negó ni imposibilitó la prestación médica a su afiliado quien por su propia voluntad eligió donde acudir para recibir la atención médica y quirúrgica para recuperar su salud, pues de la revisión del expediente se establece que el presupuesto para la procedencia de la compensación de gastos médicos:" emergencia grave", se rompe, y que dicho Instituto como gestor de las prestaciones de seguridad social tiene potestad para calificar cuándo una emergencia reviste la gravedad e inminencia que imposibilite al afiliado a acudir a las unidades médicas del IESS y que genere, por tanto, la autorización de una eventual compensación de gastos médicos, concluyendo que no cabe que se compense al demandante por los gastos incurridos en la atención médica recibida en las Clínicas Kennedy y Guayaquil. En consecuencia, rechaza el recurso interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0082-2009

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, lunes 7 de marzo del 2016, las 12h33.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados como Jueces Nacionales, el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 04-2012, de 25 de enero de 2012, y la Abg. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura No. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014; y,

las Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, de integración de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta del sorteo electrónico de 29 de junio del 2015 que consta en el proceso.- Agréguense a los autos los anexos y escritos que anteceden presentados por el Dr. Tito Ismael Jaramillo Yagual el 13 de julio, 13 de agosto, 28 de septiembre y 9 de noviembre de 2015.- Téngase en cuenta la autorización conferida a los abogados Tito Enrique Jaramillo Ramírez, Tania Elba Jaramillo Ramírez de Cevallos, Narcisa Navarro Ortiz, y María Auxiliadora Prieto López para que intervenga a su nombre dentro de la presente causa; así como tómese en cuenta los correos electrónicos que señala para recibir sus futuras notificaciones.-- **ANTECEDENTES. A)** Mediante sentencia expedida el 22 de abril del 2015 por el Pleno de la Corte Constitucional, dentro de la acción extraordinaria de protección No. 1812-12-EP, presentada por el señor Tito Ismael Jaramillo Yagual en la cual solicitó que al amparo de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República deje sin efecto la sentencia dictada el 22 de octubre de 2012 a las 11h00 por los jueces de la Ex Sala Temporal de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 82-2009, la Corte Constitucional resolvió: *"Se concluye, de acuerdo con el análisis constitucional realizado por esta Corte y considerando al derecho a la seguridad jurídica como un principio vinculado a la dignidad humana, consagrado en la Norma Suprema, por tanto, objeto de protección y tutela judicial, constituyendo además la seguridad social un derecho humano fundamental en su génesis histórica, hoy derecho constitucional de igual jerarquía que los demás, pero enmarcado dentro de los principios del derecho social, como el "principio protector" o indubio pro operario, en criterio de ponderación y equidad, que los derechos vulnerados del legitimado activo deben ser reparados.* ***III. DECISIÓN*** *En mérito a lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:* **SENTENCIA** *1. Declarar vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. 3. Como medida de reparación integral se dispone: 3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 22 de octubre del 2012, por la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. 3.2. Que previo sorteo, otro Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conozca y resuelva la causa, tomando en consideración los razonamientos constitucionales expuestos en esta sentencia. 4. Notifíquese, publíquese y cúmplase."*. **B)** En cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Constitucional se procederá a examinar nuevamente el recurso de casación que fue interpuesto por el señor Tito Ismael Jaramillo Yagual, dentro del juicio No. 82-09, en contra de la sentencia dictada el 17 de octubre de 2008, las 15h16, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil, por la que declara sin lugar la demanda formulada por el Dr. Tito Ismael Jaramillo Yagual. Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de los artículos 3 y 7 de la Resolución 752 del Consejo Superior del IESS de fecha 18 de febrero de 1991. **C)** En lo principal, el recurrente sostiene que el Tribunal: *"Al declarar sin lugar mi demanda negar mi petición hay una discriminación en el fallo por cuanto, se confirma una vez más que está disposición reglamentaria (la resolución) está en contra del literal a) del Art. 39 de la L.S.S* ***(vigente a esa fecha), siendo ERRONEAMENTE INTERPRETADA en la práctica para el grupo de viajeros empleados del I.E.S.S., y no para todos los afiliados; como manda la Constitución y la Ley del Seguro Social.*** *(...) Dejo constancia que el* ***IESS NO HACIA OPERACIONES DE CORAZÓN ABIERTO, NI COLOCABA LOS STEND,*** *sino que enviaba a sus pacientes a la Clínica Kennedy o la Clínica Guayaquil, en mi caso concreto, los Ministros de la Sala quieren que primero concurra al Hospital del IESS, donde seguramente hubiera fallecido y la viuda estaría cobrando el montepío...".* ***D)*** *La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de admisibilidad de 28 de septiembre de 2009, las 15h00, resolvió admitir a trámite el recurso de casación al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de errónea interpretación de los artículos 3 y 7 de la Resolución 752 del Consejo Superior del IESS. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:----------*

PRIMERO: *La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución*

de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.----------
SEGUNDO: *El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil, en la sentencia recurrida, resolvió aceptar la excepción No. 5 deducida por el demandado y declarar sin lugar la demanda formulada por el Dr.* Tito Ismael Jaramillo Yagual, con fundamento en que el recurrente *"CUARTO: ... no sufrió un estado patológico de manifestación súbita y grave, puesto que, como lo consigna la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS dentro del acuerdo impugnado, ese fuerte dolor en el pecho (Dolor precordial tipo opresivo) ya lo presentó una semana antes de su ingreso a la clínica Guayaquil, según la historia clínica de este mencionado centro médico hospitalario. De otra parte de la observación de la solicitud del accionante dirigida al Sr. Subdirector Regional Médico del IESS para el pago de la compensación de los gastos médicos efectuados (fs. 49 y 50), no cumplió con anexar a dicha solicitud todos los documentos mencionados en el Art. 7 de la ya mentada Resolución No. 752.". ---*
TERCERO: Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, y antes de la Corte Suprema de Justicia, para remarcar que el recurso de casación "per se" es de carácter extraordinario, formal y restrictivo, su teleología mira al control de la legalidad en la sentencia, por alguna de las causales puntualizadas en el Art. 3 de la Ley de Casación y dentro de las tres primeras por alguno de los vicios preestablecidos que tienen su propia sustantividad y autonomía, a saber: 1) Aplicación indebida. 2) Falta de aplicación. 3) Errónea interpretación de las normas de derecho, que hubieran sido determinantes en la parte dispositiva del fallo. Por otro lado, es importante señalar que conforme a los principios constitucionales establecidos en los artículos 173 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad; es decir, se consideran emanados de autoridad competente y conforme a las disposiciones jurídicas vigentes a la época de su emisión, mientras no se demuestre lo contrario, lo cual guarda armonía con el derecho a la seguridad jurídica tal como lo manifiesta la Corte Constitucional en su sentencia emitida dentro de la presente causa al mencionar que: *"la seguridad jurídica es la certeza que tenemos los ciudadanos de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico; y por tanto se traduce en la confianza de los ciudadanos en que las autoridades investidas de una potestad jurisdiccional aplicarán y darán cumplimiento a las normas vigentes y la Constitución, respetando con ellos los derechos constitucionales".* (Sentencia de la Corte Constitucional No. 127-15-SEP-CC. de 22 de abril del 2015, dentro del caso No. 1812-12-EP)----------
CUARTO: En este sentido la Sala deberá determinar con claridad si en la presente causa se justificó el presupuesto legal para otorgarle el derecho de atención electiva en un centro médico distinto a las dependencias del IESS; y, si las formalidades establecidas en una resolución dictada por la institución demandada puede limitar la referida prestación social. Para resolver se formulan las siguientes consideraciones: **4.1.** Si bien el Reglamento para Atención Médica en Unidades de Salud Ajenas al IESS expedido en Resolución No. 752 de 18 de febrero de 1991 no se encuentra vigente, por cuanto éste fue sustituido por el reglamento expedido en Resolución No. CI. 009 de 21 de octubre de 1998 y publicado en el Registro Oficial No. 61 de 6 de noviembre de 1998, y a su vez éste Reglamento fue derogado por la Resolución No. 283 del 14 de octubre de 2000, publicado en el Registro Oficial No. 58 de 30 de octubre del 2009 que expidió el Reglamento para Compensación de Gastos Ocasionados por Urgencias y Emergencias Atendidas en Unidades de Salud Ajenas al IESS, que en la actualidad de igual forma se encuentra derogado mediante Resolución del IESS No. 317, publicada en el Registro Oficial No. 204 de 1 de junio de 2010 en la que expide el nuevo Reglamento para el pago por servicios de salud en casos de emergencia concedidos por prestadores externos a los asegurados del IESS; por lo que es necesario remitirnos a las disposiciones que se encontraban vigentes a la época de suscitados los hechos, pues esto determina efectivamente el derecho a la seguridad jurídica, y que al respecto la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 1676-10-EP, sentencia No. 042-13-SEP-CC, de 31 de julio de 2013, señala que: *"la seguridad es la certeza que tenemos los ciudadanos de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico; y por tanto se traduce en la confianza de los ciudadanos en que las autoridades investidas de una potestad jurisdiccional aplicarán y darán cumplimiento a las normas vigentes y la Constitución, respetando con ello los derechos constitucionales."*; y, como se puede apreciar en la especie dicho reglamento ha sufrido varias reformas o sustituciones y por tanto no es dable que una resolución pueda basar su análisis en una normativa que se encuentra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

vigente a la fecha de su expedición, sino efectivamente su análisis deberá efectuarse en base a la normativa vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos o la fecha en que se produce el reclamo administrativo ya que de contrario indudablemente pone en riesgo la seguridad jurídica y en el presente caso mucho más, puesto que se ésta impugnando el cumplimiento de las formalidades y requisitos establecidos por una resolución vigente en aquella época, requisitos y disposiciones estos que pueden variar como en el presente caso. **4.2.** Determinada así la norma legal infringida y vigente en aquella época y que corresponde a la Resolución No. 752 de 18 de febrero de 1991 que en su **Art. 3** señalaba: *"La compensación de gastos se otorgará a asegurados activos y pasivos que por una situación de emergencia y/o urgencia se vieren obligados a recurrir a la atención médica en unidades asistenciales ajenas al IESS. Se consideran casos de emergencia y/o urgencia los estado patológicos de manifestación súbita y/o grave, y los accidentes que requieran de atención médica inmediata y que al no ser otorgada puede poner en peligro la vida o dejar secuelas que afecten la integridad funcional u orgánica.", y, el* **Art. 7** ibídem determinada: *"El asegurado que hubiere cumplido con lo dispuesto en el Artículo anterior, para tener acceso a la compensación de gastos médicos, luego del egreso de la unidad médica presentará a la Inspectoría, Delegación, Gerencia o Dirección Regional respectiva, y en el menor tiempo posible los siguientes documentos:* ***a)*** *Solicitud firmada por sí o por interpuesta persona;* ***b)*** *Fotocopia de la cédula de identidad o pasaporte y carné de afiliación o jubilación según el caso;* ***c)*** *Copia certificada del expediente clínico completo conferido por la unidad médica en donde fue atendido el paciente, el mismo que en lo posible contendrá: nota de ingreso, historia clínica, hojas de evolución y epicrisis (nota de egreso), resultado de exámenes complementarios, protocolo operatorio con el resultado histopatológico si el caso así lo amerita y otros documentos que estime necesario;* ***d)*** *Planilla original con el costo de las atenciones médicas prestadas; y,* ***e)*** *De ser el caso, comprobantes de pago de las medicinas y otros insumos médicos utilizados, certificados por la unidad médica tratante. La Inspectoría; delegación o Gerencia remitirá la documentación antedicha pertinente al Director Regional de su jurisdicción en el término de CUARENTA Y OCHO HORAS (48), contados a partir del momento de la recepción.".* **4.3.** En la especie la pretensión del actor, fue que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le compense los valores que había cancelado por la atención recibida en las clínicas privadas, acorde con las formalidades y requisitos dispuestos en la Resolución No. 752 de 18 de febrero de 1991 vigente a la época y en consecuencia declare ilegal el Acuerdo No. 98 1191 de 23 de septiembre de 1998, dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, que a su vez confirma el Acuerdo No. 153-97, de 2 de Mayo de 1997, emitido por la Dirección Regional 2 del IESS que niega dicho pago, con el fundamento de que : *"el caso del reclamante no constituye emergencia reglamentaria, por el tiempo de evolución de su cuadro patológico. Pudo acudir a la atención médica institucional si ese hubiera sido su deseo."* (fojas 3 a 5). El recurrente alegó que tuvo que recurrir a estos centros privados, y no a las unidades médicas del IESS, debido a emergencia presentada en su estado de salud y teniendo conocimiento que el IESS no tiene a disposición de sus afiliados los servicios y equipos para tratar dolencias cardíacas, en especial no practica agioplastia, ni operaciones de corazón abierto y que a su vez tiene convenio con la clínica Kennedy y Guayaquil. **4.4.** En efecto, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la prestación de sus servicios de salud, contempla la posibilidad de que sus afiliados acudan a buscar atención médica en unidades ajenas a la institución. Para esto, ha emitido las reglamentaciones necesarias para regular y ordenar esta prestación, en pleno ejercicio de sus competencias. Es así que la Resolución No. 752 de 18 de febrero de 1991, vigente a la época en que sucedieron los hechos, disponía el procedimiento y regulación para hacer efectivo el derecho de los afiliados a la compensación de gastos por atención médica en unidades de salud ajenas al IESS. Esta compensación era viable previa la verificación de los requisitos y presupuestos fácticos establecidos en este acto normativo de carácter general, porque hay que tener en cuenta que el régimen común de atención de salud para los afiliados es el prestado por el IESS en las unidades médicas que administra, y solo excepcionalmente, cabe esta prestación bajo otra modalidad. Uno de estos presupuestos era la calificación de "emergencia grave" que lo haya obligado a recurrir a centros de salud privados, distintos y ajenos a los del IESS. No es dable desconocer que se pueda presentar emergencias "súbitas y graves" que hagan imposible cumplir con esta obligación de los afiliados. En tal virtud, queda en potestad del IESS calificar cuándo una emergencia reviste la gravedad e inminencia que imposibilite al afiliado a acudir a las unidades

médicas de la institución, y que genere, por tanto, la autorización de una eventual compensación de gastos. Siguiendo este procedimiento, el IESS ha negado la compensación al ahora actor mediante el Acuerdo No. 98 1191 CNA que confirma el Acuerdo No. 153-97, señalando que: *"4. En el presente caso, la Clínica Guayaquil, en la ANAMNESIS de la Historia Clínica, fechada: Marzo 30/97 - 17H30, registra: "Paciente que se implantó stent en arteria DA el 10 de noviembre /96.* ***Hace una semana presentó dolor precordial tipo opresivo... 5 días después se repitió el dolor****. Consultó al cardiólogo quien lo ingreso a la Clínica Kennedy mejorando con tratamiento médico. Hoy fue traído a esta clínica para realizarse cateterismo comprobándose reestenosis del stent de la arteria DA, para lo cual se procedió a implantarle nuevo stent en el mismo sitio con éxito. Al momento viene a UCI en condiciones estables y asintomáticas". 5.- Los antecedentes examinados permiten concluir que el caso del reclamante* ***no constituye emergencia reglamentaria, por el tiempo de evolución de su cuadro patológico. Pudo acudir a la atención médica institucional si ese hubiera sido su deseo."*** (lo resaltado corresponde a la Sala). **4.5.** Del análisis que esta Sala ha hecho de la resolución referida y de los argumentos esgrimidos por el recurrente, en contraste con los antecedentes que ocasionaron la atención médica del demandante, se puede determinar que el presupuesto de "emergencia grave" se rompe, primero con el hecho de que el paciente presentó molestias en días anteriores al evento, conforme consta en la historia clínica realizada por la Clínica Guayaquil que corre de fs. 59 donde fue atendido; y, segundo, con el hecho de que podía haber sido trasladado, de la misma manera en que fue trasladado primero de la Clínica Kennedy o a la Clínica Guayaquil y de ésta igual podía haber sido trasladado al Hospital del IESS para su evaluación y atención, o, de ser el caso, se disponga su remisión a una unidad distinta si el Hospital justificaba su imposibilidad de atender la dolencia antes referida. El argumento del demandante que señala que el IESS no hacia operaciones de corazón abierto, ni colocaba los stend sino que enviaba a sus pacientes a la Clínica Kennedy o la Clínica Guayaquil, es decir para atender dolencias cardíacas no ha quedado probado en el proceso, considerándose como una opinión no sustentada que no puede ser considerada como soporte de una decisión judicial. **4.6.** La Sala no considera que haya estado en peligro el derecho a la salud del demandante que haga obligatoria la corrección jurídica en base a principios constitucionales y del Derecho Internacional de Derechos Humanos para proteger la vigencia de este derecho. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no negó la prestación médica al señor Tito Ismael Jaramillo Yagual ni imposibilitó que se atendiera médicamente; tanto es así, que por su propia voluntad, eligiendo él donde acudir, fue sometido a las intervenciones médicas y quirúrgicas para recuperar su salud. El problema radica en que se alega el derecho a la compensación de los gastos que efectuó. Como queda señalado, el IESS, como gestor de las prestaciones de seguridad social, debe obedecer estrictamente, a las normas jurídicas que regulaban el régimen a esa época, no siendo jurídicamente factible, sin fundamento normativo suficiente, responder afirmativamente la pretensión del afiliado en el presente caso. Es decir, que no existe norma jurídica que ampare al afiliado para ser acreedor de la compensación, y las normas que regulan esta posibilidad no fueron sustentadas en su aplicación con los fundamentos fácticos necesarios. Por tanto, no cabe que el IESS compense al demandante por los gastos médicos realizados en la atención médica que recibió en la Clínica Kennedy y en la Clínica Guayaquil, en consecuencia el Tribunal A quo ha realizado una correcta interpretación de las normas invocadas como violadas por el recurrente. ----------

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no acepta el recurso de casación interpuesto.- Actúa la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora, conforme acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio del 2015.-

Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

II

Resolución nro. 431-2016
Juicio nro. 486-2012

Juicio por impugnación del acto administrativo, propuesto por el Alcalde y el Procurador Síndico del GAD del cantón Pindal, en contra de Edgar Augusto Vélez Valarezo

SÍNTESIS

El demandado Edgar Augusto Vélez Valarezo, con fundamento en la causal 2ª del artículo 3 de la Ley de Casacón por falta de aplicación de los artículos: 24 del Código de Procedimiento Civil, 9 del Código del Trabajo y 238 del Código Orgánico de la Función Judicial, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 5 de lo Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe; fallo que acepta la demanda propuesta por el Alcalde y el Procurador Síndico del GAD del cantón Pindal y declara que el nombramiento otorgado al recurrente en calidad de Ayudante de OO.PP. MM, es lesivo al interés público por contravenir expresas normas constitucionales y legales; y, por consiguiente, el acto administrativo impugnado es nulo.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que la relación jurídica existente entre las partes procesales se encontraba regulada por el Derecho Administrativo, y que la declaratoria de lesividad de la acción de personal del recurrente se enmarca en el control de legalidad de los actos administrativos, por lo que sostener que dicha declaratoria es competencia de los jueces de trabajo resulta absurdo y, sobre todo, injurídico. En tal virtud, rechaza el recurso interpuesto y no casa la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 486-2012

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, 4 de abril de 2016, a las 16h20.-

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado Juez de la Corte Nacional de Justicia por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución Nº 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** el 29 de abril de 2014 se sorteó el Tribunal de jueces, correspondiendo el conocimiento y resolución de este recurso a la doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia y a los doctores Alvaro Vinicio Ojeda Hidalgo y Juan Gonzalo Montero Chávez, éste último como ponente; **c)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado, fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución Nº 314-2014, de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **d)** por Resolución Nº 01-2015, de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se resolvió la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia; y, **e)** conforme consta en el Acta de Sorteo de 29 de enero de 2015, las causas que se encontraban en conocimiento del doctor Juan Montero Chávez, como Juez ponente, corresponden a partir de esa fecha, al doctor Pablo Tinajero Delgado, en la misma calidad que tenía el Juez saliente. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 12 de junio de 2012 por el Tribunal Distrital Nº 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, dentro del juicio Nº 2010-0126, seguido por los señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Pindal, en contra del señor

Edgar Augusto Vélez Valarezo, se resolvió que se: *"... acepta la demanda y declara que el nombramiento otorgado por la Administración Municipal de Pindal, Provincia de Loja, a favor de Edgar Augusto Vélez Valarezo, en calidad de Ayudante de OO.PP. MM., mediante Acción de Personal N° 118-N del 01 de enero de 2008, suscrita por el señor Prof. Germán V. Sánchez González, Ex Alcalde de Pindal, es lesivo al interés público por contravenir expresas normas constitucionales y legales; y, por consiguiente, el acto administrativo impugnado es nulo..."*

1.2.- Respecto de esta sentencia, el señor Edgar Augusto Vélez Valarezo, dentro del término legal respectivo, interpuso el recurso de aclaración y ampliación.

1.3.- El 29 de junio de 2012, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, negó el recurso de aclaración y ampliación solicitado.

1.4.- El 6 de julio de 2012, el señor Edgar Augusto Vélez Valarezo interpuso el recurso de casación, el mismo que se fundamentó en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de normas procesales, esto es, del artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, artículo 9 del Código del Trabajo y artículo 238 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.5.- El Tribunal de Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 27 de marzo de 2014, admitió a trámite el recurso de casación.

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 el fallo respecto del cual se presentó el recurso de casación, contiene los yerros acusados, esto es, la falta de aplicación de normas procesales, concretamente, del artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, artículo 9 del Código del Trabajo y artículo 238 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.3.- Respecto a la falta de aplicación de normas procesales, esto es, del artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, artículo 9 del Código del Trabajo y artículo 238 del Código Orgánico de la Función Judicial.- En el recurso de casación propuesto, el recurrente manifestó: *"Falta de aplicación de normas procesales de derecho en la sentencia y que ha sido determinante en su parte dispositiva, así: El art. 24 del código (sic) de Procedimiento Civil a la letra dice ´Art. 24.- Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley' Del proceso y de la sentencia recurrida, se llega a la convicción de varios elementos que es necesario poner de manifiesto: a) En mi relación laboral con la entidad demandante, se me otorgaron contratos de servicios ocasionales sucesivos, primero como ayudante de obras públicas municipales, y posteriormente se me asignaron funciones de topógrafo de la Institución; en la etapa probatoria en forma documentada y con las versiones que constan del expediente, probé en forma contundente que por disposición de mis superiores mi trabajo lo realizaba en el campo, ejecutando trabajos de topografía, la aclaración a la sentencia solicitada, en el sentido de que el Tribunal determine a que (sic) régimen laboral pertenezco, los señores jueces manifiestan ´El accionado en su escrito de aclaración y ampliación de la sentencia de fojas 116, solicita que se indique bajo que (sic) régimen laboral se lo procesa, pues la actividad de el (sic) realizada en la Municipalidad de Pindal es de régimen laboral y que se enmarca en el código (sic) del Trabajo. Se le aclara que el proceso impreso a esta acción no es el laboral sino el contencioso administrativo, por la materia, porque lo que se demanda es la impugnación de la Acción de Personal N° 118-N, de 01 de enero de 2008, suscrita por el Profesor Germán Sánchez, ex Alcalde de Pindal quien otorgó nombramiento sin concurso de merecimientos y oposición a favor del demandado´. El Tribunal al parecer llega a la convicción de que sea cual fuere la relación entre el demandado con la entidad demandante ´empleado público o trabajador´, esto no influye en que dicho tribunal pueda conocer de la demanda propuesta, puesto que a su criterio lo que se impugna es la expedición del nombramiento en forma ilegal. Criterio que lo respeto pero que de ninguna manera lo comparto. b) El tercer inciso del art. 229 de la Constitución de la República establece ´Las obreras y obreros del sector público, estarán sujetas al Código del Trabajo´. De su parte el numeral 16 del art. 326 de la Constitución de la República a la letra dice ´Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya*

participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo´. El art. 9 del Codigo (sic) del Trabajo determina ´Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.´ Debe recordarse que las normas del Código del Trabajo rigen por los principios del derecho social, que busca sustancialmente la protección del trabajador. Es evidente señores jueces que las funciones que venia (sic) desempeñando para con la entidad accionante, no son de aquellas que puedan considerarse como de funcionario público, sino como trabajador; las labores que desempeña un ayudante de obras públicas y un topógrafo requieren de fuerza, de utilización de mano de obra, mi labor se enfoca en realizar trabajos en el campo con una cuadrilla de personas que desempeñamos actividades netamente manuales, tomando encuentra (sic) además que al no ser titulado de topografía, mis conocimientos en esta rama los adquirí por experiencia y es justamente esa experiencia la que a (sic) servido para que mi empleador me asigne dichas actividades. El Tribunal desestima la actividad que desarrollo en mi trabajo aduciendo que es irrelevante, y por lo tanto inobserva con esta resolución las normas legales y constitucionales que determinan que le corresponde al juez de trabajo el conocer los actos y los conflictos que se deriven de los trabajadores; es decir se declara competente de conocer una causa que por ley no le corresponde, dejando de aplicar una norma de carácter procesal puntualmente el art. 24 del Código de Procedimiento Civil que dispone que toda persona tiene derecho a no ser demandada sino ante un juez competente; tomando en cuenta además que al laborar mas (sic) de un año consecutivo, mi contrato de trabajo para dicha entidad se convirtió en indefinido; De otra parte El (sic) art. 238 del Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta ´Art. 238.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y los jueces del trabajo conocer y resolver, en primera instancia, los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad´ Al analizar esta norma vale preguntarse ¿bajo que (sic) criterio o argumento el Tribunal se declara competente para conocer la demanda incoada en mi contra? Equivoca su apreciación sin considerar que la actividad que realizo es predominantemente material, que no tengo un nivel especial de preparación, por lo tanto el Tribunal a (sic) dejado de aplicar la norma procesal a la que hago referencia conociendo una demanda que por mandato constitucional y legal le está reservada al señor Juez del Trabajo. De haberse aplicado esta norma de carácter procesal obviamente hubiera viciado de nulidad el proceso; por lo tanto al haberme juzgado un juez que no era el competente, no solo que se me ha perjudicado enormemente, sino que se me ha dejado en la indefensión al habérseme privado de poder activar las herramientas de carácter legal propias del Código del Trabajo incluidas las indemnizaciones a las que en mi calidad de trabajador tengo derecho." Con relación a la larga exposición del recurrente y que se la transcribe casi íntegramente en este fallo, la Sala considera, en primer lugar, que existe una deficiente redacción del recurso, deficiencia que se verifica en la parte final citada, en la frase que dice: *´De haberse aplicado esta norma de carácter procesal (refiriéndose al artículo 238 del Código Orgánico de la Función Judicial) obviamente hubiera viciado de nulidad el proceso´,* lo cual es absurdo, puesto que el recurrente precisamente alega que esa falta de aplicación es la causante de la supuesta nulidad. Sin embargo de ello, y toda vez que el recurso fue admitido, entendemos con la mejor buena voluntad este error, y pasamos a realizar el análisis de fondo de este recurso, que es lo que corresponde. Así pues, el recurrente manifiesta fundamentalmente, que la relación jurídica que existía entre él y la Municipalidad de Pindal, se encontraba regulada por el Código del Trabajo, pues en los cargos y en las funciones que ejerció prevalece la actividad física y material, por lo que debe ser considerado obrero, con mayor razón si carece de una formación profesional y sus conocimientos han surgido de la experiencia. Sobre este aspecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia expedida dentro del recurso de casación N° 363-2011, consideró en el punto 3.5: *"Efectivamente, los obreros públicos están sujetos a las normas del Código del Trabajo, por disposición expresa del anterior numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política de 1998 y del artículo 229 de la actual CRE; sin embargo en el presente caso se ha propuesto una acción de lesividad en contra de una acción de personal que designaba a la accionada para un cargo sujeto a las disposiciones de la extinta LOSCCA. Además hay que señalar que los artículos 33 y 229 de la vigente Constitución de la República, no se encontraban vigentes a la fecha de expedición de la acción de personal No. 122-N de 1 de enero de 2008,*

cuya declaratoria de lesividad se demandaba." Criterio con el que la Sala coincide plenamente en el presente caso, pues, para mayor abundamiento, se debe decir que, efectivamente, los cargos y las funciones que desempeñaba el actor a favor de la Municipalidad de Pindal se encontraban dentro de la carrera administrativa y, por lo tanto, las relaciones surgidas en base de los contratos de trabajo y las respectivas acciones de personal, se encontraban reguladas por el Derecho Administrativo. Lo que es más, la pretensión de la demanda, esto es, la declaratoria de lesividad de la acción de personal Nº 118-N, de 1 de enero de 2008, como ya se dijo, se enmarca en el control de legalidad de los actos administrativos, razón por la cual, sostener que era competencia de los jueces de trabajo declarar la lesividad de la acción de personal impugnada resulta absurdo, pero sobre todo injurídico, razón por la cual se rechaza el recurso de casación, puesto que no se verifica que exista falta de aplicación de las normas procesales señaladas.

Finalmente, la Sala no puede dejar de pronunciarse respecto de la alegada falta de aplicación del artículo 9 del Código del Trabajo. Al respecto, ya se indicó que la relación jurídica existente entre las partes, se encontraba regulada por el Derecho Administrativo y, consecuentemente, el Código del Trabajo no es aplicable al presente caso. En esa ocasión, la Sala insiste en ese criterio, pero considera además, que esta norma no es una norma procesal, por lo que no se encasilla en la causal alegada por el recurrente, razón por la cual se rechaza el recurso por este extremo.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la 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,** rechaza el recurso de casación y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada dictada el 12 de junio de 2012, a las 12h06, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nº 5 con sede en Loja. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal Nº 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

III

Resolución nro. 771-2016
Juicio nro. 0055-2007

Juicio de indemnización de daños y perjuicios (paraplejia por intervención policial en operativo de desalojo de predio invadido), propuesto por José Roberto Mendoza de la Cruz y Ángela Vélez Murillo, por sus derechos y por los que representan de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez, en contra del Comandante General de la Policía Nacional y Procurador General del Estado

SÍNTESIS

Los demandados, Comandante General de la Policía Nacional y Procurador General del Estado (Director Regional 3) deducen sendos recursos de hecho respecto del fallo expedido por el Tribunal Distrital N° 4 de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, que declara con lugar la demanda y dispone que la Policía Nacional del Ecuador pague a los accionantes la cantidad de $ 513.146,88 en el plazo de tres días después de ejecutoriada la sentencia, dentro del juicio por indemnización de daños y perjuicios propuesto por José Roberto Mendoza de la Cruz y Ángela Vélez Murillo, por sus derechos y por los que representan de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez, quien padece incapacidad física y mental en un 70% como consecuencia de haber sido atropellado por un carro anti motín (trucutú) de la Policía Nacional, en el operativo de desalojo de invasores de los terrenos de propiedad de Galo Garibaldi García García que, según lo afirmado por los demandantes, fueron ofrecidos en venta para la construcción de sus viviendas.- En su turno, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al aceptar el recurso interpuesto por la Procuraduría General del Estado, rechaza la demanda.- Respecto de este fallo, José Roberto Mendoza de la Cruz deduce acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional que declara la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de la motivación contemplados en los artículos 75 y 76 número 7 letra l de la Constitución de la República; acepta la acción extraordinaria de protección y como medidas de reparación integral deja sin efecto la sentencia en mención y todos los actos procesales y demás providencias dictadas a partir de la misma, y dispone retrotraer los efectos al momento de la vulneración de los derechos; además, que, previo sorteo, se integre el Tribunal de la Sala antes indicada para que conozca nuevamente los recursos interpuestos por la parte demandada..- La nueva Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conformada a tal efecto considera, en lo principal, que queda a criterio del Tribunal de Casación fijar la indemnización a pagarse por el accidente que dejó parapléjico a José Gregorio Mendoza Vélez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ya que no hay una fórmula única, taxativa a la cual se pueda recurrir, y declara que el fallo de instancia incurrió en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación, propuesta por los demandados. En tal virtud, casa la sentencia, declara que la Comandancia General de la Policía Nacional indemnizará a José Gregorio Mendoza Vélez un valor de $ 290.970, según las operaciones descritas en el considerando 3.20 de la sentencia; que se determine la responsabilidad en contra de quienes así se establezca; y, que la Procuraduría General del Estado, conforme el mandado constitucional, recurra a las instancias administrativas y judiciales correspondientes para que a nombre del Estado ecuatoriano instaure los procesos pertinentes con miras a ejercer el derecho de repetición.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0055-2007

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 23 de junio del 2016, las 12h41,

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados como jueces nacionales, el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 04-2012, de 25 de enero de 2012, y la Abg. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura No. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014; y, las Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, de integración de las Salas Especializadas y distribución de procesos, respectivamente, emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y el acta de sorteo que consta en el proceso el 26 de agosto de 2015, las 12 horas.-

ANTECEDENTES: A) El Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Portoviejo, expidió sentencia el 11 de octubre de 2006, las 10h00, dentro del juicio contencioso administrativo No. 97-2004 seguido por los señores José Roberto Mendoza de la Cruz y Ángela Vélez Murillo por sus propios derechos y por los derechos que representan de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez en contra de la Policía Nacional del Ecuador, en la cual dispuso: *"declara con lugar la demanda y rechaza las excepciones disponiendo que la Policía Nacional del Ecuador a través de su representante pague a los demandantes la cantidad de QUINIENTOS TRECE MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS (US $ 513,146.88) DÓLARES con 88/100, en el plazo de tres días después de ejecutoriada esta sentencia..."*.----------

B) El señor abogado José Antonio Vinueza, en calidad de Comandante General de la Policía Nacional, interpuso recurso de casación a la sentencia de 11 de octubre de 2006, a las 10H00, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo No. 4.----------

C) El señor doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Regional No. 3 de la Procuraduría General del Estado interpuso recurso de casación a la sentencia de 11 de octubre de 2006, a las 10H00, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo No. 4.----------

D) Mediante auto de 27 de noviembre de 2006, las 10h35, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo no admitió los recursos de casación interpuestos.----------

E) El señor abogado José Antonio Vinueza, en calidad de Comandante General de la Policía Nacional y el señor doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Regional No. 3 de la Procuraduría General del Estado, interpusieron recurso de hecho al pronunciamiento del Tribunal Distrital.----------

F) En auto de 12 de junio de 2008, la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, admitió el recurso de hecho y aceptó a trámite el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado por las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto al recurso interpuesto por el Comandante General de la Policía Nacional, admitió el recurso de hecho y aceptó a trámite el recurso de casación únicamente por la acusación formulada al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.----------

G) En Sentencia de mayoría, mediante Resolución No. 348-2010 de 8 de octubre de 2010, las 10h00, la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, resolvió: "se acepta el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y se rechaza la demanda."----------

H) El señor José Roberto Mendoza de la Cruz, interpuso acción extraordinaria de protección a la sentencia de mayoría mediante Resolución No. 348-2010 de 8 de octubre de 2010, las 10h00 expedido por la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.----------

I) La Corte Constitucional del Ecuador expidió la sentencia 212-15-SEP-CC, caso No. 1785-10-EP, el 1 de julio de 2015, en la cual resolvió: *"1. Declarar la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de la motivación contemplados en los artículos 75 y 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.*

3. Como medidas de reparación integral se dispone: 3.1 Dejar sin efecto la sentencia del 8 de octubre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del proceso 55-2007 y todos los actos procesales y demás providencias dictadas a partir de la misma. 3.2 Retrotraer los efectos al momento de la vulneración de los derechos; por lo tanto, se dispone que previo sorteo, se conforme el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que conozca nuevamente los recursos de casación interpuestos por las partes observando lo dispuesto en la presente sentencia." Siendo el estado para resolver, se considera:.----------

PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. Toda vez que se han observado las solemnidades inherentes al recurso se declara su validez procesal.----------

SEGUNDO: 2.1 El doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Regional No. 3 de la Procuraduría General del Estado interpuso recurso de casación a la sentencia de 11 de octubre de 2006, a las 10H00, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo No. 4 y fundamentó su recurso de casación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por cuanto sostiene que en la sentencia no se aplicó el artículo 24 numeral 16 de la Constitución de la República, el artículo 3 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 346 numeral 2) y artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, artículos 69 numeral 7) y 31 numeral 1 literal a) y 309 número 5 del Código de Procedimiento Penal, así como por la causal cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.----------

2.2 Por otro lado el señor abogado José Antonio Vinueza, en calidad de Comandante General de la Policía Nacional interpuso recurso de casación el cual fue admitido por los Jueces de la Corte Suprema de Justicia únicamente por la acusación formulada al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.----------

TERCERO: 3.1 La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia 212-15-SEP-CC, caso No. 1785-10-EP, el 1 de julio de 2015 manifestó: *"En el caso sub judice, Roberto Mendoza de la Cruz interpuso acción extraordinaria de protección en representación de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez, quien posee una incapacidad física y mental en un 70 %, debido a que fue atropellado por un "carro antimotín" de la Policía Nacional el 01 de septiembre de 1995, producto de lo cual el legitimado activo demandó daños y perjuicios a la Comandancia General de la Policía Nacional..... En primer término, la sentencia emitida por el Tribunal a quo el 11 de octubre de 2006, a las 10h00, en el considerando tercero señala que: "La acción deducida no es de las que generalmente conoce este Tribunal; esto es, acciones por Recursos Subjetivos o Recursos Objetivos. Sino, la de una naturaleza especial, los actores impugnan la negativa de la Policía Nacional a reconocerles su derecho de recibir indemnización como forma de reparación de violación de derechos humanos de su hijo José Gregorio, y los de ellos por uso indebido de la fuerza legal de la Policía Nacional dentro del operativo de desalojo de invasores el día 1 de Septiembre de 1995, originándose la responsabilidad determinada en el Art. 20 de la Constitución del Ecuador. Posteriormente, en el considerando séptimo de la mencionada decisión judicial, el Tribunal analizó la caducidad para interponer la demanda por parte del actual legitimado activo, argumento que fue alegado por la Policía Nacional del Ecuador en su contestación a la demanda. Así, la sentencia analiza la procedencia de esta excepción a la luz del contenido de los artículos 18 y 20 de la Constitución Política del Ecuador vigente en aquel momento; es decir, que el Tribunal examinó los principios de aplicación directa de la Constitución y de in dubio pro homine, y concluyó sobre "(...) la obligación constitucional de aplicar la norma jerárquica superior (...)", determinando así que no era procedente la caducidad de la acción. Pese a estas razones que fueron esgrimidas por el Tribunal a quo, cabe indicar que la decisión judicial impugnada, en su ratio decidendi, no abordó la pertinencia del mencionado artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dadas las particularidades concretas del caso que fueron analizadas por el mencionado Tribunal en la sentencia recurrida; de ahí que para determinar una supuesta falta de aplicación de una norma jurídica fuera necesaria, previamente, la revisión de aquellos argumentos, los cuales verificaron una prelación normativa atendiendo las características del caso concreto. En este sentido, para haber llegado a la conclusión sobre la falta de aplicación de la norma jurídica antes indicada en la decisión recurrida, la Sala de la Corte*

Nacional de Justicia debió analizar integralmente el contexto abordado por aquella sentencia y su sustento jurídico, pues, precisamente, el objeto del recurso de casación es el control de juridicidad sobre la sentencia, siendo trascendental referirse minuciosamente a la decisión judicial en su totalidad para determinar inequívocamente si esta infringe alguna norma jurídica. Lo contrario, es decir, un análisis incompleto del recurso sin considerar integralmente la decisión judicial recurrida, conlleva una inobservancia de la naturaleza jurídica del recurso de casación, así como de las normas que regulan esta figura. Esta Corte ha señalado que: "En este sentido, al evidenciarse una argumentación jurídica incompleta en la decisión que desnaturaliza el carácter cerrado del recurso, la Corte Constitucional concluye que la decisión incumple el requisito de razonabilidad".----------
Por lo expuesto, la Corte Nacional de Justicia no fundamentó adecuadamente ni conectó a los hechos particulares del caso la norma invocada para aceptar el recurso de casación propuesto por la Procuraduría General del Estado; en consecuencia, el fallo emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la referida Corte ha transgredido el parámetro de razonabilidad como elemento conformador de la garantía de motivación y que constituye imperativo sustancial de las resoluciones de la administración pública, ya que no cumplió con las exigencias que debe contener una sentencia dentro de un recurso de casación, sin que esta se funde en la normativa que rige dicho recurso… De la revisión de la sentencia, se observa que en el considerando cuarto, luego de realizar referencias doctrinarias sobre el ámbito del recurso de casación, la Sala afirma: "Al haber acusado la Procuraduría General del Estado la falta de aplicación del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)considero prioritario analizar el vicio alegado, esto es la falta de aplicación de dicha norma, que de tener fundamento, torna innecesario entrar a conocer los errores imputados por otros vicios y otras causales". Luego, en el mismo considerando cuarto de la sentencia, concluyó la supuesta falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual, decidió aceptar el recurso de casación y rechazar la demanda inicial formulada por el hoy accionante. Sin embargo, se evidencia que la argumentación realizada por la Sala, que configura la premisa con la cual determinó la supuesta falta de aplicación de la norma en referencia, no consideró los elementos necesarios para arribar a esa decisión, pues, como se ha expresado, el análisis de la Corte Nacional carece de la conexión con las circunstancias del caso concreto y prescinde del análisis de la sentencia que fue recurrida, tornándola en incompleta y como tal, falaz; puesto que concluye sobre un supuesto sin el debido e integral desarrollo argumentativo sobre las particularidades del caso".---

3.2 El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, tanto sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. *(Resolución No. 62-2015 de 22 de enero de 2015, Resolución No. 56-2015 de 20 de enero de 2015 y Resolución No. 36-2015 de 14 de enero de 2015).* ----------

3.3 Este Tribunal ha manifestado que la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, y si la misma decisión judicial contiene infracciones legales se casa y se dicta una nueva sentencia, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la Jurisprudencia, buscando conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y así lograr mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social. *(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.*----------

3.4 Este Tribunal de Casación, observa que a fojas 111 a 113 del expediente de instancia, consta la demanda interpuesta por los señores José Mendoza y Ángela Vélez, en contra de la Comandancia General de Policía Nacional, cuya pretensión fue: *"a) En razón de que la responsabilidad policía (sic) en la paraplejía casi total de nuestro hijo JOSE GREGORIO MENDOZA VÉLEZ, fue un acto evidente, y no requiere de un esfuerzo interpretativo de sus Señorías, declaren que su muerte constituyó una flagrante vulneración de su elemento derecho humano a la vida, y que el Estado Ecuatoriano por intermedio de la Comandancia General de la Policía Nacional es responsable civilmente y en obligación de indemnizar los daños y perjuicios y daños morales causados, pagándonos una justa indemnización, para lo cual se deberá tomar como caso análogo el pago efectuado por el Estado Ecuatoriano en el acuerdo de arreglo amistoso con el padre de los Hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy (informe No. 99-00- caso No. 11.868- 5-X-2000) celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

b) El pago de las costas judiciales y dentro de éstas los honorarios profesionales de nuestros defensores,...".---

3.5 Por su parte, el Tribunal de instancia, en la sentencia de 11 de octubre de 2006, las 10H00, resolvió: *"declara con lugar la demanda y rechaza las excepciones disponiendo que la Policía Nacional del Ecuador a través de su representante pague a los demandantes la cantidad de QUINIENTOS TRECE MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS (US $ 513,146.88) DÓLARES con 88/100, en el plazo de tres días después de ejecutoriada esta sentencia...".---*

3.6 La Procuraduría General del Estado en su escrito de casación por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, lo fundamentó de la siguiente manera: *"El Tribunal en la sentencia, en su parte dispositiva, para fijar el valor a pagar adoptó decisiones incompatibles, por cuanto tomó como parámetro base, los valores proyectados por el INEC, en relación con el costo de la canasta básica familiar, esto es $ 445.44 dólares americanos, no basándose en las disposiciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia, que manda para los valores a pagar en caso de indemnizaciones, se tome como parámetro base, el salario mínimo vital general, el que está estipulado en $ 4,00 dólares americanos. Por lo expuesto en lo resuelto por los Magistrados de este Tribunal, condenaron en forma exorbitante al pago de una indemnización que lesiona enormemente al Estado, sin considerar que en la sentencia se expresa que el acusado Ángel Flores López, fue sancionado por el Tribunal Penal por el delito de homicidio inintencional, y que los demás imputados, esto el Comandante Provincial de la Policía de Manabí No. 4 y el Comandante General de Policía, representantes de la Policía Nacional, fueron sobreseídos. En el caso de dar con lugar a la improcedente demanda propuesta por José Mendoza de la Cruz y Ángela Vélez Murillo, solicito sea revisada ésta en su parte resolutiva, por considerarla atentatoria a los intereses de la Institución demandada y por ende al Estado Ecuatoriano.".----------*

3.7 El abogado José Antonio Vinueza Jarrín, Comandante General de la Policía Nacional en su recurso de casación manifestó: *"La sentencia dictada no analiza, no considera, los fundamentos de la contestación a la demanda y se limita a realizar una escueta y equívoca valoración de la prueba, en dos y únicos considerandos, sin dar la validez a los fundamentos de la contestación a la demanda...Sin tomar en cuenta, los preceptos anotados y en base de deducciones y sin pruebas, emanadas de una sentencia que condene a la Policía Nacional. La sentencia no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley y en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.".----------*

3.8 Respecto de la causal quinta, el doctor Santiago Andrade Ubidia, en el libro *"La Casación Civil en el Ecuador", Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 146, recoge sentencias expedidas por la ex Corte Suprema de Justicia, señalando: "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.".----------*

3.9 La jurisprudencia nos dice: *"Este vicio es de error de lógica, y tiene lugar cuando en la parte resolutiva de la sentencia por un lado se afirma una cosa mientras que por otro se la niega y, por tanto, se destruyen recíprocamente, de tal suerte que se hace imposible la ejecución antagónica de todas" (Registro Oficial No. 27-29 de febrero de 2000, pág. 27). ...".-*

3.10 El artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, establece: "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.".----------

3.11 La Corte Constitucional del Ecuador sobre la motivación en la sentencia No. 318-15-SEP-CC, caso No. 249-12-EP, manifestó: *"es claro que todas las autoridades públicas tienen el deber de motivar sus resoluciones con la finalidad de justificar razonablemente que las decisiones que adoptan se adecuan a preceptos constitucionales, legales y/o jurisprudenciales. En tal virtud, las autoridades jurisdiccionales a quienes se les ha encomendado la tarea de administrar justicia, no están exentas de motivar adecuada y suficientemente las razones que respaldan cada una de sus decisiones en la sustanciación de los casos sometidos a su conocimiento...En el contexto internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en la sentencia Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador del 21 de noviembre de 2007, señalando que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión", y que el deber de motivar las resoluciones constituye "una garantía vinculada con la correcta administración de justicia", resaltando de esta manera la importancia del derecho a la motivación para la protección del pleno ejercicio de los derechos de las personas mediante decisiones apegadas a Derecho."* **3.12** El artículo 130 numeral 4) del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como atribución de las juezas y jueces: "4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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 resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos." (el énfasis nos pertenece).------

3.13 La motivación constituye una obligación de los órganos jurisdiccionales, una garantía al debido proceso, que asegura a los justiciables conocer las causas por las que la o el juzgador aceptó o denegó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales.----------

3.14 La Corte Constitucional en su sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-2011-EP se ha referido sobre la tutela efectiva: "…la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual las personas encuentran consagrado su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de un debido procedimiento y en ejercicio de sus derechos y garantías, obtener respuestas en decisiones judiciales debidamente motivadas en derecho respecto de sus pretensiones e intereses sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y la Ley…".----------

3.15 Los señores José Mendoza y Ángela Vélez en la demanda indicaron: *"...El día 24 de agosto de 1995, a las 07H00 aproximadamente, nuestro hijo que respondía a los nombres de JOSE GREGORIO MENDOZA VELEZ (a la sazón de 17 años de edad y estudiante de la Escuela de Pesca de la ciudad de Manta) en unión de IDER FABIAN PALACIOS SANCHEZ y otros ciudadanos y dirigentes de invasión, comenzaron a invadir terrenos de propiedad de GALO GARIBALDI GARCIA GARCIA, con el propósito y ánimo de poder comprarle a menor precio un solar para construir una vivienda, recalcando que anteriormente a la invasión las autoridades seccionales de aquella época encabezadas por el Gobernador encargado, Intendente General de Policía, Jefe del Comando Provincial de la Policía de Manabí y el representante del dueño del bien invadido ubicado en la parte posterior conjuntamente o colindando con la Ciudadela San Alejo de esta ciudad de Portoviejo, quedaron en acuerdo común de que las tierras de GALO GARIBALDI GARCÍA GARCÍA iban a ser vendidas a un precio justo y real en forma proporcional a cada uno de los que estaba ahí. Pero el día 1 de septiembre de 1995, a eso de las 08h00 aproximadamente, las autoridades antes mencionadas, dirigiendo un impresionante despliegue policial, compuesto de Agentes Policiales, Carro Antimotines, rifles, máscaras antigases, etc, sin respetar el pacto o convenio realizado en la sala de sesiones de la Gobernación de Manabí, ordenaron demoler las covachas en que estaban durmiendo los invasores, y sin observar los manuales de procedimientos dignos de un ser humano, comenzaron a atropellar las personas ahí presentes, dando como fatal resultado que IDER FABIAN PALACIOS SANCHEZ muera aplastado por un carro policial antimotines que también dejó parapléjico físicamente en un 80% y mentalmente en forma total a nuestro hijo JOSE GREGORIO MENDOZA VELEZ que lo estaba acompañado en la covacha. El vehículo policial conocido como "TRUCUTU" era conducido por el Policía ANGEL ORLEY FLORES LOPEZ. Por este acto de abuso de poder estatal presenté la correspondiente acusación particular en la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo por el fuero*

de algunos de los implicados, juicio No. 31-95, y en sentencia confirmada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia que se encuentra ejecutoriada se condenó a un año de prisión al Policía Angel Flores López declarándolo culpable del delito de homicidio inintencional tipificado en el Art. 459 y sancionado en el Art. 460 del Código Penal y con lugar las acusaciones particulares con costas e indemnización por daños y perjuicios, sin que hasta la presente fecha se haga efectiva ninguna indemnización.----------

3.16 El artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador disponía: *"Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.". De igual manera nuestra Constitución de la República del Ecuador consagra para la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad o falla del servicio, el artículo 11 numeral 9, el cual determina: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:… 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.".----------*

3.17 La Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia sobre la responsabilidad contractual, en la sentencia de mayoría de 24 de agosto de 2012, las 13H15, se pronunció: *"QUINTO.- Siguiendo textualmente la autorizada y más actualizada doctrina del profesor Rodríguez R. Libardo, "Derecho Administrativo", 17 edición [1 ed., de 1981], Edit. Temis, Colombia, 2011, capítulos 2 y 3, págs. 535 a 562, se determina que: 5.1.- El tratamiento que se ha dado a la responsabilidad del Estado se caracteriza por una evolución progresiva que ha producido grandes cambios en el régimen de esa responsabilidad. Puede decirse, en términos generales, que el principio de la responsabilidad por parte del Estado ha pasado por tres etapas. Primera etapa: la irresponsabilidad. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Esa solución que nos parece tan criticable en la época presente, se fundamentó especialmente en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles, mal entendiéndose que la esencia de la soberanía consistiría en imponerse a todos sin compensación alguna. Se consideró entonces que si bien el Estado no sería responsable por los daños que causara su actividad sí lo eran sus agentes que directamente los causaban. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado, como sucedió en Francia desde comienzos del siglo XIX con los daños causados por trabajos públicos. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares. Segunda etapa: la responsabilidad. Esta etapa fue inaugurada por el célebre fallo Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, que consagró la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en textos legales expresos, e independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión, pues en esta decisión se tomó como fundamento la nueva noción de servicio público que vino a reemplazar las nociones de poder y de gestión. Fue así como en ese famoso fallo se dijo que "la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; [...] esa*

responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados". Tercera etapa: la responsabilidad creciente. Esta mayor extensión de la responsabilidad administrativa se ha manifestado en los siguientes aspectos principales, enumerados por el profesor Jean Rivero: 1) La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía. 2) La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa grave exigida inicialmente, se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, incluso, a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva. 3) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados. 4) Para asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica. A lo anterior debemos agregar que es tal el avance de esta idea de la creciente responsabilidad del Estado, que se ha llegado a insinuar una posible responsabilidad social, según la cual el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aún en el caso en que apareciendo éste, no tuviere medios para indemnizar el daño causado. Esta idea encuentra su fundamento lógico y jurídico en la vigencia de las ideas sociales, aún en los países capitalistas, pero infortunadamente su éxito parece ser apenas progresivo y con límites, por razones de índole principalmente fiscal. Finalmente, dentro de ese contexto de la responsabilidad creciente del Estado en el derecho contemporáneo, recientemente los tribunales internacionales y, en especial, los tribunales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han empezado a declarar la responsabilidad de los Estados por los perjuicios generados por la violación de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derecho público. 5.2.- La teoría de la responsabilidad objetiva, esto es, por responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, encontró así justificación firme en varias ideas. Por una parte, se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicable a la responsabilidad administrativa; ni siquiera la teoría de los órganos. La tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa. Como en muchos otros temas relacionados con la administración, comenzó a madurarse la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, por consiguiente, un tratamiento especial; que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad ex-tracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. Fue así como se implantó la teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales, aquí se trata de una culpa objetiva o anónima, o culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores, pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquélla solo da lugar a responsabilidad subjetiva..... 5.4.- Puede anotarse, como características esenciales de este concepto de responsabilidad administrativa objetiva, las

siguientes: 1) El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. 2) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a considerar dentro de la consideración de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. 3) Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo. 5.5.- El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en su actividad estatal desarrollada en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional", que dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de tal actividad pública.... ".----------

3.18 En el presente caso, **<u>estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado</u>,** conforme se analiza siguiendo la doctrina del Derecho Administrativo. Efectivamente como bien se dice en la sentencia de instancia: *"La reclamación de reparación por vulneración del fundamental derecho a la vida en perjuicio de José Gregorio Mendoza Vélez derivado a partir de su paraplejía o discapacidad física mental, casi total (80%), como resultado de haber sido aplastado por el carro policial antimotines, popularmente conocido como "trucutú", es un evidente y no controvertido "hecho administrativo" como así se prueba de la documentación constante en el proceso, y cuya autoría no ha sido negada o desvirtuada por la entidad demandada"*. La doctrina jurídica de responsabilidad extracontractual nos guía diciendo: *"Asunción de riesgos por la víctima, a) En materia extracontractual, el daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido y la responsabilidad tiene por fuente la ley y no el contrato. Aun así, nada obsta para que alguien asuma voluntariamente un riesgo, sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, las condiciones para que se entienda asumido un riesgo a costa de la víctima potencial y sus efectos son una materia particularmente equívoca en el derecho civil. En principio, la asunción voluntaria de un riesgo no modifica la relación de la víctima con los terceros que están en situación de causarle daño. En efecto, la simple circunstancia de participar voluntariamente en una actividad que supone algún riesgo no justifica al tercero por la realización del daño, porque del hecho de la víctima no se sigue intención alguna de liberarlo de responsabilidad. Así, cuando un pasajero sube a un taxi en mal estado de conservación sabe que el viaje supone algún peligro, pero no por eso está descargando al conductor del cuidado debido." (Barros Bourie, Enrique, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Edit. Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2006, pg. 441.).*----------

3.19 Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el accidente que dejó parapléjico al joven José Gregorio Mendoza Vélez, tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir.----------

3.20 El joven, hoy adulto José Gregorio Mendoza Vélez después del accidente quedó con una discapacidad del 80%, conforme el certificado del CONADIS, lo que conlleva a cuidados permanentes, adquisición de medicinas, etc, debiendo cancelar a sus representantes José Roberto Mendoza y Angela Vélez, por concepto indemnización el equivalente de un salario básico unificado de USD $ 366 dólares desde el momento en que se produjo el acto dañoso, 1 de septiembre del 1995 hasta la expectativa de vida promedio que sería de 70 años para los hombres. Así el joven José Gregorio Mendoza Vélez al momento del accidente tenía 17 años, por lo que hay que multiplicar 53 años por 12 meses por USD $ 366 dando como resultado el valor de USD $ 232.776 dólares de los Estados Unidos de América. Y por el daño moral, el cual es evidente en este caso, el valor equivalente de multiplicar 25% del salario básico unificado por 12 meses y por 53 años que sería desde que el joven José Gregorio Mendoza Vélez hasta los setenta años que sería su expectativa de vida, dando como resultado el valor a cancelar de USD $ 58.194. Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la sentencia de instancia incurrió en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación propuesta por el Director Regional

No. 3 de la Procuraduría General del Estado y el Comandante General de la Policía Nacional, y así se lo declara, haciendo por tanto innecesario continuar analizando las demás causales de casación propuestas para este efecto.----------
Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la 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**: **1)** Se casa la sentencia de 11 de octubre de 2006, las 10h00 expedida por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Portoviejo. **2)** Se declara que la Comandancia General de Policía indemnizará a los padres del joven José Gregorio Mendoza Vélez un valor de USD $ 290.970 conforme se señala en el considerando 3.20 de esta sentencia. **3)** Que se determine la responsabilidad en contra de quienes así se establezca que la Procuraduría General del Estado, en virtud del mandato constitucional recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado Ecuatoriano, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.-
Notifíquese, publíquese y devuélvase.-
f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL,VOTO SALVADO.

VOTO SALVADO

Juicio No. 0055-2007

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, jueves 23 de junio del 2016, las 12h41.-
VISTOS: En virtud de que: **A)** El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación, así como por la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional No. 212-15-SEP-CC de 1 de julio de 2015 dentro del caso No. 1785-10-EP, el acta de sorteo de 26 de agosto de 2015 que consta en el proceso, y la disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). **D) Por disentir de la sentencia de mayoría, salvo mi voto conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en los siguientes términos:**

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 11 de octubre del 2006, 10h00, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo, dentro del juicio por daños y perjuicios propuesto por el señor José Roberto Mendoza de la Cruz y la señora Angela Vélez Murillo, por sus propios derechos y por los que representaban de su hijo José Gregorio Mendoza Vélez, en contra del Estado Ecuatoriano, en la institución de la Policía Nacional del Ecuador, se resolvió lo siguiente:

> **"SÉPTIMA.- La Policía Nacional del Ecuador alegó que existe caducidad de la acción, cuya declaratoria es a petición de parte, o de oficio** como así lo dijo el Tribunal Contencioso Administrativo. "Por lo expuesto y aun cuando no se ha deducido la correspondiente excepción, se declara inadmisible 1a demanda por caducidad al orden público y debe reconocérsela de oficio." Pág. 92 del Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativo-Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Quito Ecuador. Pero más allá de entrar al complejo diferencial para establecer la línea que marca la distancia conceptual entre lo que es caducidad y prescripción, **hay que retrotraerse al motivo central o causa de esta litis, el acto dañoso evidentemente contrario**

a la Garantía del Art. 23 N° 1 de la Constitución Política, y fundamentalmente a sus consecuencias, desgraciadas por cierto, y la ninguna importancia estatal dada a la víctima, puesto que del proceso no existe evidencia de asistencia médica, social, económica, psicológica, etc; es decir cumplir con la responsabilidad de reparar el daño causado, vigente minuto a minuto, hora a hora, día a día, etc. **Es como si estuviéramos frente a la figura civil de los contratos de tracto-sucesivo,** en el que la obligación se perfecciona escaladamente a la conclusión de plazos cortísimos y sin necesidad de volver a pactar, puesto que la incapacidad física-mental de la víctima, casi total, es para que viva con ella para toda su vida, amén que desde la fecha de su victimización ha subsistido, por la ayuda de sus padres, y ninguna asistencia estatal como así se lo ha dicho, y sin que existan pruebas en contrario, **situación fáctica contraria a la garantía del numeral 1 del citado artículo 23 de Constitución Política,** por un lado. De otro lado, **a fojas 101 y 102 de los autos consta el oficio No. 2004-487-CG-DNAJ-PN del 20 de Febrero del 2004 que contiene la negativa de la Politica (sic) Nacional del Ecuador al Reclamo Administrativo de los demandantes presentado el 22 de Enero del 2004** que obra a fojas 103 a 105 vta, y en él no se observa que se haya alegado prescripción, como tampoco en las excepciones que hemos analizado; **puesto que en esta causa solo podía alegarse la prescripción, misma que no puede analizársela o declarar su presencia, pues, de conformidad al Art. 2393 del Código Civil sólo puede declararse a petición de parte. Más, de persistir duda para su declaratoria o aplicación, tenemos el sustento del Art. 18 de la Constitución Política, Norma de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, justificando ante la opinión pública el fallo que suspendió el registro sanitario de la píldora Postinor 2, o popularmente conocida como "la píldora del siguiente día" dijo... "La aplicación del principio in dubio pro homine** (en caso de duda favorecer a los derechos del más débil) está ordenada en el art. 18 de la Constitución, y por ello nuestra Sala cumplió aplicándolo". Además, hay que recordar que los juzgadores tenemos la obligación constitucional de aplicar la norma jerárquica superior, **de lo dicho se infiere que no ha lugar a declarar caducidad de la acción.-** (...) 'ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LEY', declara con lugar la demanda y rechaza las excepciones disponiendo que la Policía Nacional del Ecuador a través de su representante legal pague a los demandantes la cantidad de QUINIENTOS TRECE MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS (U,S. $513,146.88) DÓLARES con 88/100, en el plazo de treinta días después de ejecutoriada esta sentencia.- sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.-". (Lo resaltado me pertenece).

SEGUNDO.- 2.1.- Mediante auto de admisibilidad de 12 de junio de 2008, 8h59, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Regional 3 de la Procuraduría General del Estado, por las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto a la causal primera se arguye que registra falta de aplicación de los artículos 24, numero 16 de la Constitución Política de la República; artículo 3 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; artículos 71 y 346 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil; artículo 31 número 1 letra a), 69 número 7 y 309 número 5 del Código de Procedimiento Penal. Con respecto a la causal cuarta porque se resolvieron puntos que no fueron materia de la litis, y además tampoco se resolvieron todos los puntos de la misma; y, finalmente por la causal quinta porque en la sentencia se adoptaron decisiones incompatibles con lo expuesto en las consideraciones.

2.2.- Respecto al recurso de casación interpuesto por la Comandancia General de la Policía Nacional, únicamente se lo admitió por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO.- 3.1.- De lo expuesto, este Juez Nacional observa que el primer tema a decidir, es determinar si operó o no la caducidad del derecho de los accionantes para iniciar la acción por responsabilidad objetiva del Estado; por tanto, se debe analizar primero el vicio de falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, mismo que disponía lo siguiente: ***"El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será*** *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.".*** (Lo resaltado me pertenece).

3.2.- Es necesario tener en cuenta, que la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional No. 212-15-SEP-CC de 1 de julio de 2015 dentro del caso No. 1785-10-EP, que dejó sin efecto, al aceptar la acción extraordinaria de protección presentada por el señor José Roberto Mendoza de la Cruz, la sentencia de 8 de octubre de 2010 dictada por esta Sala dentro del proceso 55-2007, **en forma alguna determinó si la caducidad de la acción operaba o no en el presente caso, sino que se limitó a señalar que en dicha sentencia anterior de esta Sala no se argumentó adecuadamente tal situación procesal, limitándose aquella simplemente a declararla, prescindiendo del análisis de la sentencia que fue recurrida, lo cual la tornó incompleta.** Por tanto este Juez Nacional, al coincidir en lo principal con la parte resolutiva de la sentencia de mayoría de 8 de octubre de 2010, que señaló: *"QUNTO: en la especie, el hecho que ha producido efectos jurídicos es el daño físico sufrido por José Gregorio Mendoza Vélez, cuando se produjo el desalojo de los terrenos invadidos de propiedad de Galo Garibaldi García García en la ciudad de Portoviejo, ocurrido el 1 de septiembre de 1995; la demanda contencioso administrativa ha sido presentada el 14 de mayo de 2004, esto es cuando el derecho ya había caducado como así lo preceptúa el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, caducidad que debe ser declarada aún de oficio... ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE.. se acepta el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y se rechaza la demanda."*, procede a motivar adecuadamente éste voto salvado analizando fundamentalmente el considerando séptimo de la sentencia impugnada, transcrito en el considerando primero, por el cual los jueces distritales consideraron que no había lugar a declarar la caducidad de la acción.

CUARTO.- 4.1.- Sobre la caducidad del derecho para interponer la acción, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 13-2015 de 30 de septiembre de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 5 de noviembre de 2015, resolvió:

> "...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: ... **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;** ...". (Lo resaltado me pertenece).

4.2.- Doctrinariamente también se ha establecido respecto de la caducidad que:

> "Es un modo de extinguirse anormalmente un procedimiento administrativo o jurisdiccional **como consecuencia de la falta de ejercicio durante el tiempo establecido en la ley, cuyos efectos se producen de manera directa y automática y no admite interrupción ni suspensión alguna.** La caducidad se compone de elementos: la no actividad y el plazo. La no actividad es la inacción de un sujeto para ejercer su derecho; y el plazo es el tiempo que determina la ley para ejercer la caducidad. El plazo no se suspende ni interrumpe, sino que desde que comienza a correr el tiempo se sabe cuándo caduca la acción. **La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento del plazo señalado por la ley.** Doctrinariamente es una sanción por falta de ejercicio de un derecho dentro del transcurso del tiempo fijado en la ley. Por medio de la caducidad se pierde el derecho defensivo, y el vigor de accionar.". (Lo resaltado me pertenece). Hernán Jaramillo Ordóñez y Pablo Vicente Jaramillo Luzuriaga, La Justicia Administrativa, 1ed., (Loja: Offset Grafimundo, 2014), 76.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.3.- Por lo que mal se puede mencionar en el considerando séptimo de la sentencia de instancia impugnada que: *"puesto que en esta causa solo podía alegarse la prescripción, misma que no puede analizársela o declarar su presencia, pues, de conformidad al Art. 2393 del Código Civil sólo puede declararse a petición de parte."*, pues ello implicaría confundir los efectos procesales de la prescripción con los de la caducidad; y aquí se está tratando sobre la procedencia o no de la caducidad para interponer acciones legales en el ámbito del Derecho administrativo, y no de la procedencia o no de la prescripción adquisitiva de derechos en el ámbito civil.

QUINTO.- 5.1.- En el presente caso se constata que los accionantes, señor José Roberto Mendoza de la Cruz y la señora Ángela Vélez Murillo, **presentaron su demanda contencioso administrativa el 14 de mayo de 2004,** mediante la cual solicitaron que se repare los daños y perjuicios causados **como consecuencia del hecho administrativo ocurrido el 1 de septiembre de 1995,** mediante el cual su hijo José Gregorio Mendoza Vélez quedó incapacitado o parapléjico físicamente en un 80% como consecuencia de un atropellamiento por un carro policial antimotines de propiedad del Estado, que se usó en un operativo policial respecto a una invasión producida en la propiedad del señor Galo Garibaldi García García. Al ser la pretensión de la demanda que se reparen los daños y perjuicios causados por un hecho administrativo dañino, supuestamente causado por agentes públicos como son los miembros de la Policía Nacional del Ecuador, la demanda es para declarar la de responsabilidad objetiva del Estado, **y el tiempo para interponerla está contemplado en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en "otros" asuntos de competencia de los jueces contencioso administrativos, esto es el plazo de cinco años, tiempo que se debe contar desde que se produjo el hecho administrativo que causó el daño por el cual se reclama la reparación.**

5.2.- Constituye un error considerar que el plazo de 5 años señalado en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, deba contarse desde *el oficio No. 2004-487-CG-DNAJ-PN del 20 de Febrero del 2004 que contiene la negativa de la Policía Nacional del Ecuador al Reclamo Administrativo de los demandantes* ***presentado el 22 de Enero del 2004*** *que obra a fojas 103 a 105 vta,* como lo daría a entender el considerando séptimo de la sentencia impugnada; **pues cuando se presentó tal reclamo, ya habían pasado en exceso más de cinco años desde que sucedieron los lamentables hechos que se mencionan en el mismo;** toda vez tal como se menciona en el reclamo presentado a la Comandancia General de la Policía Nacional:

> **"I. Los fundamentos de hecho y de derecho de este reclamo son: El día 24 de agosto de 1995, a las 7h00 aproximadamente, nuestro hijo que respondía a los nombres de JOSÉ GREGORIO MENDOZA VELEZ** (a la sazón de 17 años de edad y estudiante de la Escuela de Pesca de la ciudad de Manta) en unión de IDER FABIÁN PALACIOS SÁNCHEZ y otros ciudadanos y dirigentes de invasión, comenzaron a invadir terrenos de propiedad de GALO GARIBALDI GARCÍA GARCÍA, con el propósito y ánimo de poder comprarle a menor precio un solar para construir una vivienda, recalcando que anteriormente a la invasión las autoridades seccionales de aquella época encabezadas por el Gobernador encargado, Intendente General de Policía, Jefe del Comando Provincial de la Policía de Manabí y el representante del dueño del bien invadido ubicado en la parte posterior conjuntamente o colindando con la Ciudadela San Alejo de esta ciudad de Portoviejo, quedaron en acuerdo común de que las tierras de GALO GARIBALDI GARCÍA GARCÍA iban a ser vendidas a un precio justo y real en forma proporcional a cada uno de los que estaban ahí. **Pero el día 1 de septiembre de 1995, a eso de las 08h00 aproximadamente,** las autoridades antes mencionadas, dirigiendo un impresionante despliegue policial, compuesto de Agentes Policiales, Carro Antimotines, rifles, máscaras antigases, etc., sin respetar el pacto o convenio realizado en la sala de sesiones de la Gobernación de Manabí, ordenaron demoler las covachas en que estaban durmiendo los invasores, y sin observar los manuales de procedimientos dignos de un ser humano, comenzaron a atropellar las personas ahí presentes, dando como fatal resultado que IDER FABIÁN PALACIOS SÁNCHEZ muera aplastado por un carro policial antimotines que también dejó parapléjico físicamente en un 80% y mentalmente en forma total a nuestro hijo JOSÉ GREGORIO MENDOZA VELEZ que lo estaba acompañando en la covacha...".

Por lo expuesto, se verifica que entre el hecho administrativo que supuestamente produjo la

responsabilidad objetiva del Estado, esto es el daño ocurrido el 1 de septiembre de 1995, y la demanda que fue presentada el 14 de mayo de 2004, **se excedió el plazo de cinco años establecido en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado que la misma es presentada más de 8 años después.**

SEXTO.- 6.1.- Bajo ninguna circunstancia se podría entender que dicho plazo de cinco años podría empezar a decurrir desde el oficio No. 2004-487-CG-DNAJ-PN del 20 de Febrero del 2004, esto es desde la negativa de la Policía Nacional al reclamo mencionado de los accionantes, pues simplemente ese no constituye el hecho administrativo dañino que aconteció el 1 de septiembre de 1995, el cual podría o no ser imputado a la institución policial. **Pretender que tal plazo ya caducado se vuelva a contar desde la fecha de contestación a tal reclamo, esto es desde el 20 de Febrero del 2004, implicaría en definitiva que "se revivan" plazos ya caducados por el transcurso del tiempo, en gravísimo atentado contra la seguridad jurídica en general, y contra la estructura del muy complejo y delicado tema de la responsabilidad objetiva del Estado,** considerada en el artículo 20 de la Constitución Política anterior, y en al artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República actual.

6.2.- Al respecto, ilustrativa jurisprudencia comparada señala que:

> **"Caducidad. El término se debe contar a partir del momento de la ocurrencia de los hechos. [...]** sin desconocer la Sala que se presentan situaciones en las que las con-secuencias dañosas aparecen con posterioridad al hecho generador de las mismas, en las cuales, sin duda alguna, solo cuando se establece o se conoce concretamente el daño comenzará a correr el término de caducidad para demandar, en el subju-dice, dada la naturaleza de las lesiones: «Iuxofractura cerrada conminuta arintrar-ticular del oleocranon, con luxación radial y fractura de cubito derecho», **resulta inadmisible desconocer que desde el momento mismo del accidente, el actor directamente pudo captar el daño sufrido y, por consiguiente conforme a la disposición referida, estuvo en capacidad de incoar la acción de reparación directa dentro del término legal de los dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho**, sin que se hiciera necesario el reconocimiento de medicina laboral que bien pudiera igualmente haberse producido durante el curso del proceso, como regularmente sucede en casos como el examinado.". (Lo resaltado me pertenece). Enrique Gil Botero, *Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Jurisprudencia 1991-2011*, Tomo IV, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2013), 177-78

"Caducidad. El término debe contarse a partir del momento en que los demandantes tuvieron conocimiento de que la muerte de la víctima fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional: [...] Con las pruebas que obran en el expediente se evidencia, en este momento procesal, que los demandantes tuvieron conocimiento de que la muerte de la víctima fue causada por miembros de la Policía Nacional, desde el 3 de mayo de 1986, esto es dentro de la semana siguiente a la fecha de su ocurrencia. El hecho de que en la investigación penal se hubiera incriminado primero al agente Valencia Flórez y luego al propio cabo Manuel María Roldan, quien causó la muerte de la víctima y a su vez fue llamado a juicio el 3 de agosto de 1987, no quiere decir en forma alguna que solo a partir de esta última fecha debe contarse el término de caducidad de la acción. **El término debe contarse a partir del momento en que los demandantes tuvieron conocimiento de que la muerte de la víctima fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional, pues es este hecho [el] que genera responsabilidad administrativa,** la cual no requiere de la plena identificación del miembro de la policía autor del hecho, toda vez que no existe duda alguna sobre la imputación que se le hace a un miembro de la institución armada. No puede olvidarse que la falla del servicio es, en principio, anónima por no requerir la plena identificación del agente responsable. Así, frente a la responsabilidad administrativa que al Estado se le imputa por los hechos objeto del proceso, resulta indiferente que la muerte de la víctima hubiera sido causada por el agente Valencia Flórez o por el cabo Manuel María Roldan. En cualquiera de los dos casos se evidencia una falla del servicio que compromete la responsabilidad de la administración". (Lo resaltado me pertenece). Ibídem, 181.

SÉPTIMO.- 7.1.- Si se acogería el criterio sentado en el considerando séptimo de la sentencia de instancia impugnada, entonces se daría

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

el peregrino e injurídico argumento de que en los casos de responsabilidad objetiva del Estado no prescribirían los derechos ni caducarían las acciones; pues por un caso o situación acontecido hace más de cinco años, bastaría que el accionante se dirija a la institución pública correspondiente con un reclamo por una situación o hecho ocurrido incluso hace décadas, que ésta lo niegue por cualquier motivo, y que supuestamente así se reactive un plazo ya caducado para accionar, esto es literalmente se "revivirían" situaciones y hechos ya consolidados en el tiempo, prescritos y/o caducados, lo cual no es factible. **Debe tenerse en cuenta que en el Derecho, y por ende en la realidad social, todo caduca y prescribe, siendo ello un principio de Teoría General del Derecho que no puede eludirse, pues hacerlo implicaría socavar gravemente la convivencia de los ciudadanos dentro del Estado; solo en situaciones absolutamente excepcionales se permite la imprescriptibilidad de los derechos,** como por ejemplo en los casos de las acciones y penas por delitos contra la humanidad, como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, o crímenes de agresión a un Estado, lo cual aquí no ha acontecido.

7.2.- Al respecto, ilustrativa jurisprudencia comparada señala también que:

> "Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. V. gr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. **En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar.** Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida. **En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contrariaría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años «contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos».**
>
> Como regla general entonces, podrá sostenerse que en las acciones indemnizatorias por daños de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos) originados en trabajos públicos en los que la ejecución de la obra pública es la causa eficiente de los mismos, no podrá hacerse caso omiso de la época de ejecución de ésta para hablar sólo de la acción a medida que los daños vayan apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los años de construida la obra. **En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio". (Lo resaltado me pertenece).**
>
> Ibídem, 179.

OCTAVO.- 8.1.- En el considerando séptimo de la sentencia de instancia, se hacen consideraciones improcedentes para eludir el plazo de caducidad de cinco años antes señalado, como recurrir únicamente, como fundamento de derecho para así hacerlo, al artículo 23 numeral 1 de la Constitución Política anterior, que decía: *"Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte."*, principio este de la "inviolabilidad de la vida" que obviamente el Estado debe respetar, pero ello no puede implicar que por cada ciudadano que fallezca en una situación determinada el Estado debe "automáticamente" responder, pues ello implicaría incurrir en una *responsabilidad por el mero resultado*, lo cual no es posible. Al respecto se debe comenzar separando dos institutos jurídicos que pueden dar lugar a confusión, y que definitivamente no son lo mismo: la responsabilidad objetiva del Estado y el *"versari in re illicita" o responsabilidad por el mero resultado.* El "versari in re illicita" determinaba una responsabilidad por el mero resultado producido, sin establecer ningún nexo causal (ni subjetivo, ni

objetivo) entre la conducta o circunstancia y el resultado. Autorizada doctrina penal al respecto nos enseña que:

> "El problema causal fue importante en otras épocas porque, **por imperativo del *versari in re illicita* y de la *responsabilidad por el resultado,* bastaba la causación de un resultado para que, sobre todo si este se derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores.** Actualmente el problema se resuelve limitando la responsabilidad ya en el plano objetivo con criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del derecho penal y trasladándolo al tipo de injusto del hecho imprudente, pues ya en el ámbito de la tipicidad (es decir, de lo relevante penalmente), por imperativo de lo que disponen el artículo 5 del Código Penal **y del llamado *principio de culpabilidad,* solo aquellos re-sultados delictivos que, al menos, sean atribuibles a imprudencia de su causante pueden ser considerados típicos** y, en su caso, dar lugar a responsabilidad penal. Los casos más conflictivos de imputación objetiva de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la imprudencia. Si ni siquiera se da este estadio mínimo, habrá *caso fortuito* y el resultado no podrá ser imputado penalmente." Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito,* 3 ed., (Bogotá: Temis S.A., 2012), 25-6.

8.2.- Tampoco cabe referirse a *la figura civil de los contratos de tracto sucesivo*, como también se lo menciona en el considerando referido, pues obviamente no son instituciones como la de dicho contrato civil mencionado las que inciden en la responsabilidad objetiva del Estado, sino que resulta imprescindible tomar en cuenta, que los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado son fundamentalmente cuatro: a) que se produzca un **daño o perjuicio;** *el cual obviamente deberá ser judicialmente demandado dentro del plazo de caducidad respectivo, que en nuestro ordenamiento jurídico es de cinco años, tal como lo mencionada el artículo 65 inciso segundo de la LJCA, y actualmente lo ratifica además el artículo 306 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos;* b) que se dé un **nexo causal;** c) que exista un **factor de atribución;** esto es la falta de la prestación de un servicio público; o 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, d) que se pueda **imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal,** por haber creado o aumentado un riesgo jurídicamente desaprobado, dentro del ámbito de protección de la norma, lo cual se da a través de diversos títulos de imputación, en los cuales se debe fundamentalmente tomar en cuenta las categorías del riesgo permitido, del principio de confianza, la prohibición de regreso, y la actuación a riesgo propio de la víctima.

8.2.1.- Respecto a los factores de atribución, autorizada doctrina administrativa señala que:

> "Como es sabido, los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado (ya que la responsabilidad contractual del Estado se ha regido, casi siempre, por los principios clásicos del incumplimiento de las obligaciones convencionales) que fluyen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidentes con la sistematización que formulamos, son cuatro, a saber: a) La producción de un daño o perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o relación de causalidad, y d) la existencia de un factor de atribución. En el Derecho Público hay que señalar, además, que la responsabilidad del Estado es siempre directa habida cuenta de que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica Estado. (...) condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva que, básicamente, responde a dos factores de atribución: a) La falta de servicio de la jurisprudencia francesa, el funcionamiento anormal del servicio público en la legislación española o el cumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los agentes públicos en el Derecho argentino en la responsabilidad por actividad ilegítima y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o derivado del normal funcionamiento de un servicio público en la responsabilidad por actividad legítima.". Juan Carlos Cassagne, *Los Principios que Fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación, en Responsabilidad del Estado,* Coord. Juan Carlos Cassagne y otros, 45-65, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 49-50. 52.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

8.2.2.- Es necesario también en un tema tan complejo como lo es el entendimiento de la teoría de la imputación objetiva, tener en cuenta aunque sea muy brevemente, las posiciones doctrinales de los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs. Respecto al ámbito de la imputación, autorizada doctrina penal señala que:

> **"La moderna teoría de la imputación objetiva:**
>
> Es Claus Roxin uno de los precursores de la moderna teoría de la imputación objetiva. Para elaborar su postura se apartó de los conceptos de estructuras lógico objetivas, acción final y del de adecuación social del finalismo. Para él no se puede solucionar ningún problema jurídico acudiendo a conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídico. Fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no final, por cuanto no se puede determinar apriorísticamente respecto del derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto.
>
> Para Roxin **lo correcto es invertir la relación entre acción, finalidad y tipo, de forma tal que no sea la acción final como estructura lógico objetiva de carácter prejurídico la que determine el contenido de la finalidad del tipo, sino que, por el contrario, el tipo surgido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado** determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo, en esa medida habría que sustituir la acción final por una teoría final del tipo. Esta teoría del tipo no describe procesos causales, sino que intenta determinar el contenido social de significado de los distintos tipos de la parte especial, por lo que los tradicionales problemas de causalidad serían problemas de imputación.
>
> De ahí que para el profesor de Munich la teoría de la imputación objetiva tenga como misión fundamental el averiguar el ámbito de protección de los distintos tipos penales. Consecuente con ello, la exclusión de la imputación penal en el caso fortuito, en los cursos causales anómalos y en los de disminución de riesgos así como la limitación a la finalidad de la norma y al ámbito del tipo son presupuestos de la imputación objetiva que limitan la responsabilidad penal de una forma más certera a como lo hacían los causalistas y los finalistas. **De esa manera, la imputación objetiva está en el mismo rango limitador de la responsabilidad penal en el que está el principio de legalidad. Los criterios rectores con los cuales Roxin elabora su teoría de la imputación objetiva son, de manera esquemática, los siguientes: a) disminución del riesgo, b) creación de un riesgo jurídicamente relevante, c) aumento del riesgo permitido, y d) esfera de protección de la norma.**
>
> (...) Otra visión moderna de la imputación objetiva es expuesta por el profesor de Bonn, Günther Jakobs, para quien la imputación penal no se debe realizar con base en la diferenciación entre acción y omisión, distinción que es eminentemente naturalística, sino entre las formas de adquirir la competencia o el dominio normativo sobre un resultado típico... En el contexto de la imputación objetiva en Jakobs, dos fases la conforman: una primera, referida a la imputación objetiva del comportamiento típico al autor y la otra, en el género de los delitos de resultado, la imputación objetiva del resultado.
>
> **El juicio de constatación de la tipicidad para la verificación de la primera fase se logra a través de las instituciones: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) actuación a riesgo propio de la víctima. Estas instituciones son estrictamente normativas, de esa manera el riesgo permitido será ese estado normal de libertades en el que interactúan y se relacionan los hombres en sociedad.**
>
> El principio de confianza representa el conjunto de expectativas normativas que la sociedad impone al individuo y que se preservan cuando cada uno de ellos respeta ese rol social asignado; cada persona confía seriamente en el cumplimiento de los deberes por parte de los demás.
>
> La prohibición de regreso es un criterio limitante de la responsabilidad penal que tiene aplicación principalmente en los ámbitos de la participación y en las posiciones de garantes, en todas las formas de los tipos penales. No es responsable quien interviene en la realización de una conducta cuando ella responde al cumplimiento de su rol social. De ahí que todos los intervinientes en un hecho delictivo tengan un mismo fundamento para que se les impute la conducta, la diferencia está en el

plano cuantitativo, esto es, hay que observar en cada caso en concreto el grado de significancia comunicativa con el que se intervino en su realización.

Por su parte, la actuación a riesgo propio de la víctima determina normativamente hasta qué punto la conducta de la víctima incidió en la producción de la conducta típica.". (Lo resaltado me pertenece). Esiquio Manuel Sánchez Herrera, lección 27: Imputación Objetiva y Delito Imprudente, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ed., Coord. Jaime Bernal Cuéllar, 459-469, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 460-63.

NOVENO.- Además, en el considerando séptimo referido de la sentencia de instancia, se trae a colación, aparte del artículo 23 numeral 1 de la Constitución Política anterior, de la figura civil del contrato de tracto sucesivo, y del oficio No. 2004-487-CG-DNAJ-PN del 20 de Febrero del 2004 de la negativa de la Policía Nacional al reclamo mencionado de los accionantes, argumentos éstos que ya se ha señalado que no proceden para eludir el plazo de caducidad de cinco años tantas veces mencionado, al artículo 18 de la Constitución Política anterior que en materia de derechos y garantías constitucionales señalaba que *"...Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos..."*, con relación a un caso en que la Tercera Sala del Tribunal Constitucional resolvió suspender el registro sanitario de la píldora Postinor 2, popularmente conocida como "la píldora del día siguiente", en aplicación del principio *in dubio pro homine,* aplicación está también errada por los jueces distritales, porque el caso que aquí se trata nada tiene que ver con el caso referido de la píldora Postinor 2, que entre otros aspectos trataba el complejísimo y aún irresoluto tema de la protección de la vida del nasciturus, caso verdaderamente límite en el cual sí procedería utilizar en abstracto el principio de *in dubio pro homine,* toda vez ni la ciencia ni por tanto tampoco el Derecho han podido determinar el momento exacto de la concepción del ser humano; **cuando más bien en el caso que nos ocupa hay una norma legal expresa como lo era el artículo 65 inciso segundo de la LJCA,** que además se replica actualmente en el artículo 306 numeral 3 del COGEP, esto es que para demandar la responsabilidad objetiva del Estado se tiene un plazo de cinco años desde que se dio la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, por lo cual no se puede utilizar el principio *in dubio pro homine* antes referido como se lo hizo en el otro caso mencionado de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional.

En razón de todo lo indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, <u>considero que este Tribunal de Casación debería</u>:

1) Aceptar el recurso de casación interpuesto por el Director Regional No. 3 de la Procuraduría General del Estado, dentro del vicio de falta de aplicación del segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por tanto casar la sentencia expedida el 11 de octubre del 2006, 10h00, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo.

2) Conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, se debería declarar que ha operado la caducidad para interponer la acción de responsabilidad objetiva del Estado, y por tanto rechazarse la demanda.

Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV

Resolución nro. 817-2016
Juicio nro. 462-2012

Juicio por inadecuada administración de justicia, propuesto por José Daniel Déleg Guiñanzaca, en contra del Estado ecuatoriano

SÍNTESIS

La Directora Nacional de Asesoría Jurídica y delegada del Director General del Consejo de la Judicatura deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que acepta la demanda propuesta por José Daniel Déleg Guiñanzaca en contra del Estado ecuatoriano, con la pretensión de que se declare la responsabilidad del Estado ecuatoriano por inadecuada administración de justicia, y se le pague una indemnización de $ 700.000,oo, según afirma, por los daños y perjuicios materiales y morales causados por el retardo de la administración de justicia en resolver la demanda de alimentos en favor de su hija María José Déleg Pintado.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia invoca la sentencia N° 760-2016 en la que se señalan los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado y menciona los títulos de imputación que, en los casos relativos a la Función Judicial son cuatro: error judicial, detención arbitrara, inadecuada administración de justicia y por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión. Sostiene que no pueden los jueces distritales que suscriben el fallo de instancia cambiar el título de imputación por el cual se demanda, esto es inadecuada administración de justicia, por el de detención arbitraria, decidiendo sobre pretensiones no formuladas por el demandante y, éste, por su parte," ... no puede pretender tornar tal caso en uno de responsabilidad objetiva del Estado por un deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia bajo el título de imputación de inadecuada administración de justicia, arguyendo un supuesto retardo en resolver su causa durante diez años, hecho este simplemente inexistente, ...". En tal virtud, la Sala de Casación considera que el fallo impugnado incurrió en el vicio alegado por la parte recurrente y acepta el recurso interpuesto; y, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, rechaza la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 462-2012

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 5 de julio de 2016, las 15h55.

VISTOS: En virtud de que: **A)** El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo de 9 de julio de 2014 que consta en el proceso, y los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y

por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 25 de abril de 2012, 09h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro de la acción contenciosa administrativa que por "inadecuada administración de justicia" propuso el señor José Daniel Déleg Guiñanzaca en contra del Estado ecuatoriano, conforme los "Arts. 11, 172 y más de la Constitución y Art. 32 y 217 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial", se resolvió que:

> "**DUODÉCIMA.-** El actor por la situación que se produjo, pretende que se le indemnice con SETECIENTOS MIL DOLARES. Para determinar la pertinencia del monto de la reclamación, es necesario señalar que el efecto reparatorio que con la Constitución de Montecristi, asume el Estado debe tener una apreciación objetiva, a fin de buscar el equilibrio y que para estos efectos, lo encontramos en el ordenamiento legal, pues es el legislador la autoridad que en el Código de Procedimiento Penal, determina que se pagará por los días de privación de la libertad sufridos. Es oportuno señalar que si bien esta norma no regula el caso de esta controversia, sino los de prisión preventiva o internación provisional, es pertinente su invocación y aplicación, por cuanto es la que más se ajusta a la realidad y sobre todo por el principio de igualdad constitucional, que establece: 'Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades'. Bajo esta misma perspectiva, se debe señalar que el monto de la indemnización también tiene regulación en el Art. 416 del mismo Código invocado, que establece una indemnización equivalente: '... al duplo de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, indexados en UVC o si es un período anterior a la creación de la UVC indexado en base a los indicadores del Banco Central del Ecuador, en proporción al tiempo que haya permanecido preso...'. En el caso hay constancia procesal que el actor en el juicio es un servidor público, por lo que determina que la indemnización a percibir se liquidará pericialmente, teniendo como referente la declaración del impuesto a la renta y por el número de días que se encontró privado de la libertad. En esta trama de la resolución, es pertinente señalar que la norma constitucional que determina la responsabilidad objetiva del Estado, no solo comprende la indemnización, sino la determinación, que está prevista en la norma constitucional, que establece que 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, situación que no amerita abordarla por cuanto el Consejo de la Judicatura a través de la actuación de su representante legal, sostiene en el ordinal segundo de la contestación a la demanda, que corre a fojas 217 de los autos, lo siguiente: 'Señor Presidente y Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca, como Ustedes pueden ver con claridad meridiana, **No existe ningún error Judicial** que se haya cometido en la sustentación del proceso antes referido, puesto que los señores jueces que en su momento tramitaron el juicio anteriormente señalado, han cumplido con los principios constitucionales de seguridad jurídica, celeridad, debida diligencia, legalidad, debido proceso, y sus resoluciones han sido debidamente motivadas'. Además se debe destacar que la norma constitucional, señala que se ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición, acontecimiento que no se ha producido'.- Por lo expuesto y sin que sean necesarias otras consideraciones, 'ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA', SE ACEPTA LA DEMANDA EN LOS TÉRMINOS QUE QUEDAN SEÑALADOS EN LA CONSIDERACIÓN DUOSÉCIMA (sic). Sin costas.- Agréguese al proceso el escrito presentado por los demandados.- Notifíquese.". (El resaltado pertenece al original).

SEGUNDO.- 2.1.- Mediante auto de admisibilidad de 19 de junio de 2014, 16h18, el Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso de casación, interpuesto por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Consejo de la Judicatura, **con fundamento en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación**, por el vicio de *extra petita*, determinando como normas supuestamente transgredidas a los artículos 9

primer inciso y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Corrido traslado con el recurso de casación admitido, no se dio contestación al mismo. **2.2.-** Respecto a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, **ésta se refiere a la falta de congruencia entre aquello que es materia de la litis y la sentencia,** siendo la incongruencia un error *in procedendo* que consiste conforme lo explica Humberto Murcia Ballén, 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, como también se lo llama... La incongruencia del fallo puede revestir tres formas, y cualquiera de las tres, estructura la causal de casación que se comenta, puesto que todas ellas implican la transgresión del susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) *ultra petita*, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido; cuando se falla con exceso de poder, y por eso a la sentencia se la califica entonces de excesiva; **b) extra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas;** y c) *minima petita*, también llamada *citra petita*, en la cual incurre el juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir, cuando se falla con defecto de poder, y por eso a la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto" (Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, 6ta ed., Edit. Gustavo Ibañez, Bogotá-Colombia, 2005, pgs. 506-507). (El inclinado es nuestro).

TERCERO.- La institución recurrente arguye que la sentencia impugnada incurre en el vicio previsto en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto:

> "**4.2.** La sentencia acusada también está atacada de una estruendosa falta de consonancia o congruencia por haberse presentado en ella, el vicio de extra petita. En efecto, **la sentencia resuelve algo que no es materia del litigio ya que ni en la demanda, así como tampoco en la contestación a la misma, el objeto de la litis se delimitó a determinar si se produjo detención arbitraria;** por el contrario **las pretensiones contenidas en la demanda del actor, se centran en obtener la condena del estado ecuatoriano por inadecuada administración de justicia y violaciones a los derechos de la tutela judicial efectiva,** destacando que en ningún momento el accionante demandó la condena al Estado por detención arbitraria, como erróneamente se resolvió en la sentencia recurrida.
>
> En esta parte, se hace ineluctable puntualizar que la inadecuada administración de justicia no es igual a detención arbitraria: **son dos figuras distintas** conforme determina con absoluta claridad el numeral 9 del Art. 11 de nuestra Carta Magna que textualmente dispone: '...El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia...' **de lo que se colige que cada una de estas formas jurídicas de responsabilidad extracontractual del Estado, tiene sus propios rasgos característicos, sin que el presunto perjudicado pueda alegar indiscriminadamente todas ellas o aglutinarlas en una sola figura,** pues la voluntad del constituyente al redactar la norma constitucional, ha sido justamente distinguir cada presupuesto ya que su demanda y posterior reconocimiento responden a tratamientos procesales distintos. Con esta aclaración, se justifica plenamente que el accionante jamás pretendió que se le indemnice por haber sufrido detención arbitraria, sino que su acción contenía otras pretensiones que jamás fueron justificadas en el presente juicio.
>
> La Sala juzgadora, quebrantando el principio de imparcialidad del juez consagrado en el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial y transgrediendo abiertamente el principio dispositivo o de justicia rogada previsto en el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República, Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, se inmiscuye en materia ajena a lo que las partes fijaron como objeto del juicio, conforme se aprecia en el considerando undécimo del fallo, en el que se sostiene que el demandante ha sufrido detención arbitraria, conclusión que finalmente le sirvió de sustento para resolver aceptando la demanda y condenando al estado ecuatoriano.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Lo mencionado es un caso típico de extra petita ya que el tribunal de instancia resuelve sobre algo extraño al juicio que finalmente determinó que se acepte la demanda, lo que devela abiertamente la inconsonancia del fallo respecto a las pretensiones del actor y la excepciones del demandado, **reiterando que la pretensión relativa a indemnización por detención arbitraria, JAMÁS FUE MATERIA DE LA LITIS, por lo que mal podía el tribunal juzgador pronunciarse sobre aquello;** sin embargo de lo dicho, los juzgadores, haciendo caso omiso sobre su rol de imparcialidad incurren en el vicio señalado que sin lugar a dudas constituye un error in procediendo que vicia al fallo y por ende se hace necesario casarlo y en su lugar dictar la sentencia que corresponda...". (Lo resaltado es nuestro).

CUARTO.- A fojas 111 a 115 del proceso consta la demanda presentada por el señor José Daniel Deleg Guiñanzaca, **en la que su pretensión fue:**

"PRETENSIÓN

Por lo expuesto SEÑORES JUECES A través de esta demanda, solicito lo siguiente:

Que se declare la responsabilidad del Estado ecuatoriano por INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA que provocó que exista varias resoluciones ilegales e inconstitucionales; por el retardo en resolver la causa durante 10 años se me ha causado un daño económico irreparable y que no puedo pagar la cantidad liquidada sobrepasa los 25.000 dólares.

Las violaciones a los derechos de la tutela judicial efectiva al debido proceso y al derecho a la defensa como lo detalle (sic) anteriormente, me han causado el daño y es responsabilidad del estado ecuatoriano el indemnizarme mediante el pago de los daños y perjuicios que estoy reclamando expresamente.

Como consecuencia de lo antes indicado, demando al Estado ecuatoriano que me pague una indemnización de 700.000 dólares de los Estado Unidos de Norte América como resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales y que se ordene al Ecuatoriano ejercer el derecho de repetición contra los funcionarios judiciales, responsables de sus actos y omisiones jurisdiccionales ilegales y que por ello he presentado esta acción.". (Lo resaltado nos pertenece. Las mayúsculas pertenecen al original)

QUINTO.- Respecto a lo expuesto el Tribunal de instancia en sus considerandos décimo y undécimo señaló en la sentencia impugnada lo siguiente:

"DÉCIMA.- "En lo atinente a la excepción de improcedencia de la demanda, se debe advertir que esta situación se presenta cuando no se cumple en la demanda los presupuestos de admisibilidad determinados en la ley, o cuando la reclamación no tiene sustento en el ordenamiento jurídico, lo cual debe ser analizado conjuntamente con la excepción de falta de derecho del actor y para ello, precisa abordar lo fundamental de la controversia, para lo cual se hacen las siguientes reflexiones: UNA. **El actor fue demandado ante el Tribunal de Menores del Azuay, en el proceso 40 - 2000, por alimentos para su hija María José Déleg Pintado y el Tribunal fijó una pensión alimenticia**. DOS. La Señora María Dolores Pintado Panamá como madre de la menor **el cinco de marzo de 2010, reclama el incremento de la pensión alimenticia**. TRES. El Señor Juez, expide el auto que corre a fojas (83 "51"), el 12 de marzo de 2010, en el que señala lo siguiente: 'el presente proceso se viene tramitando de conformidad a las prescripciones del Código de Menores de ese entonces; de la revisión del proceso se desprende que el estado de la causa es de resolución, sin embargo existen diligencias por cumplirse lo que hace improcedente a la petición de la actora, se recomienda a la misma solicitar a su defensor la revisión del proceso, en cuenta la casilla judicial...'. Continúa la tramitación **y se llega a expedir la resolución de 16 de abril en la que acepta la demanda y fija la pensión alimenticia. Se ordena la liquidación de pensiones y se determina que adeuda USD 25.053,94,** lo que deriva en la expedición de la providencia de fojas (92 - 60) < se aclara para los fines de estudio de la causa, que existen dos números en cada foja> y que la providencia se notifica el 31 de mayo de 2010, en la que se dice que el actor está en mora en el pago de las pensiones alimenticias, en la suma indicada por lo que de conformidad con los artículos 22 y 31 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y la Adolescencia, se ordena el apremio personal. CUATRO. En concreto **esta situación produce que el actor sea detenido el 2 de junio de 2010, hasta el 6 del mismo mes y año**, por cuanto el cuatro de junio de 2010, el mismo señor Juez, en la providencia

respectiva establece: '...De la razón actuarial de diecisiete de abril de dos mil diez, las 16.19, se desprende que no se notifica al demandado por cuanto se manifiesta no tener señalado casilla judicial, cuando en verdad le correspondía la casilla 457 del doctor Amable Peña, quien le venía defendiendo hasta julio de 2001 como así obra de folios 42 vuelta del proceso, abstención que viene a dejar en la indefensión, al reclamado; en tal razón **se dispone notificarse con la resolución de abril 16 de 2010, las 11.11 al demandado en la casilla judicial 324 de su actual defensor legalmente autorizado. Se dispone la libertad del demandado y se deja sin efecto la boleta de apremio librada el treinta y uno de mayo de 2010"**. Lo transcrito pone en evidencia que el Señor José Déleg Guiñanzaca, estuvo privado de la libertad por apremio personal dictado por el Señor Juez de la Niñez, atribuyéndosele la calidad de deudor de pensiones alimenticias en mora, cuando es diferente la realidad que consta de los recaudos procesales. UNDÉCIMA.- Determinado como se encuentra que se produjo una actuación judicial que provocó la privación de la libertad, es pertinente analizar la situación en el marco de la Constitución de Montecristi, que establece en el artículo 11 numeral 9, lo siguiente: "El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso". **En el caso que nos ocupa, debemos señalar que se trata de detención arbitraria, por cuanto esta es la acción o efecto de detener, por orden de autoridad que esta atribuida de esta competencia, la misma que se produce por una indebida apreciación de la situación procesal, que se explica por parte de la autoridad**, por no constar en el proceso la resolución que se expidió cuando lo hacía como Presidente del extinguido Tribunal de Menores, diez años atrás. La indebida apreciación de las constancias procesales, no puede producir en el procesado una situación tan dolorosa como es, perder la libertad, por lo que es pertinente que se proceda con la indemnización y es pertinente el resarcimiento.". (Lo resaltado es nuestro).

SEXTO.- Resulta claro que en la sentencia distrital impugnada se toma en cuenta que al demandante, Sr. Déleg, estuvo detenido desde el 2 al 6 de junio de 2010. Que efectivamente mediante providencia de 4 de junio de 2010 del Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, se señaló que por no habérsele notificado al Sr. Déleg la resolución de 16 de abril de 2010, por la cual se acepta la demanda presentada por la Señora María Dolores Pintado Panamá, en beneficio de la hija común de ambos, la menor María José Déleg Pintado, de incremento de la pensión alimenticia [fijada previamente en la audiencia de conciliación de 8 de junio del 2000, en cinco salarios mínimos vitales generales mensuales] y se determinaba que el Sr. Déleg adeudaba en ese momento USD 25.053,94. Que por ello "deben señalar que se trata de detención arbitraria", la misma que se produce por una indebida apreciación de la situación procesal, lo cual no puede producir en el Sr. Déleg una situación tan dolorosa como es perder la libertad, debiéndose por tanto en criterio de los jueces distritales procederse con la indemnización y resarcimiento respectivo.

SÉPTIMO.- Tal apreciación jurídica es totalmente errada, pues los jueces distritales están confundiendo y mezclando los títulos de imputación: *detención arbitraria e inadecuada administración de justicia*, por el supuestamente deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia que se dio en el caso del Sr. Déleg, al no habérsele notificado con la resolución de 16 de abril de 2010, lo que ocasionó que sea privado de su libertad desde el 2 al 6 de junio de 2010. **Títulos de imputación no pueden ser confundidos o mezclados como lo hacen los jueces distritales que suscriben la sentencia impugnada** al decir que: "En el caso que nos ocupa, debemos señalar que se trata de detención arbitraria", cuando de la propia demanda se desprende que la pretensión es otra, esto es que se declare la responsabilidad del Estado ecuatoriano "por inadecuada administración de justicia" por un supuesto retardo injustificado en resolver la causa durante 10 años.

OCTAVO.- Al respecto se ha pronunciado este Tribunal en la sentencia No. 760-2016 de 21 de junio de 2016, dentro del recurso de casación 600-2012, en la cual se señaló que:

> **"CUARTO.- ...** Siendo por tanto imprescindible tomar en cuenta, que los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado son fundamentalmente cuatro: a) que se produzca **un daño o perjuicio;** b) que se dé un **nexo causal**; c) que exista un **factor de atribución;** esto es la falta

de la prestación de un servicio público; o 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, d) que se pueda **imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal,** por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado [lo que nos lleva a la teoría del riesgo, así como a la posición de garante]; lo cual se da a través de los títulos de imputación, que en los casos relativos a la Función Judicial pueden ser cuatro: error judicial; detención arbitraria; inadecuada administración de justicia, que se puede dar por violación del derecho a la tutela judicial efectiva o por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso; y, por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión. Al respecto, autorizada doctrina administrativa señala que:

´Como es sabido, los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado (ya que la responsabilidad contractual del Estado se ha regido, casi siempre, por los principios clásicos del incumplimiento de las obligaciones convencionales) que fluyen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidentes con la sistematización que formulamos, son cuatro, a saber: a) La producción de un daño o perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o relación de causalidad, y d) la existencia de un factor de atribución. En el Derecho Público hay que señalar, además, que la responsabilidad del Estado es siempre directa habida cuenta de que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica Estado. (...) condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva que, básicamente, responde a dos factores de atribución: a) La falta de servicio de la jurisprudencia francesa, el funcionamiento anormal del servicio público en la legislación española o el cumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los agentes públicos en el Derecho argentino en la responsabilidad por actividad ilegítima y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o derivado del normal funcionamiento de un servicio público en la responsabilidad por actividad legítima.´. Juan Carlos Cassagne, y otros, *Responsabilidad del Estado*, artículo del Dr. Cassagne: *Los Principios que Fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación,* 45-65, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 49-50. 52.

NOVENO.- Es claro que el demandante, aún en el caso de que ello se hubiese suscitado, no busca que se declare la responsabilidad objetiva del estado por un deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia por detención arbitraria, por haber estado detenido del 2 al 6 de junio de 2010, esto es que el Estado le indemnice por esos cuatro o cinco días de privación de la libertad; **lo que el demandante desea es algo totalmente diferente**, pues pretende que se declare la responsabilidad objetiva del estado por un deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia por inadecuada administración del mismo, por el retardo en resolver su causa durante diez años, lo cual dice le ha causado un daño económico irreparable (además, como él señala, de que no puede pagar la cantidad re-liquidada por alimentos a su hija, de más de veinte y cinco mil dólares de los estados Unidos de América).

DÉCIMO.- Ahora bien, respecto a que se declare la inadecuada administración de justicia que el demandante pretende, los fundamentos de su acción resultan totalmente ilógicos con respecto a una supuesta responsabilidad objetiva del estado, pues de su propia demanda se desprende:

"Que en el Juicio de Alimentos N° 40-2.000, que sigue en mi contra MARÍA DOLORES PINTADO PANAMÁ, me demandó el pago de una pensión Alimenticia a favor de nuestra hija MARÍA JOSÉ DELEG PINTADO, menor de edad y para ante el Tribunal de Menores del Azuay... A Fs 6 de los autos se señala el día y hora para que tenga lugar la AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, la que se llevó a efecto, el 8 de JUNIO DE 2.000, en la que se fija una pensión alimenticia PROVISIONAL DE CINCO SALARIOS MÍNIMOS VITALES GENERALES MENSUALES para mi hija la que será efectivizada del sueldo que percibo en calidad de trabajador del Municipio de Cuenca y se oficia a la autoridad respectiva para el cobro mediante el descuento hecho. ...A Fs 51 de los autos la actora pide el ALZA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA, PRESENTADA EL VIERNES 5 DE MARZO DEL 2.010... El

Juez 1 de la Niñez y adolescencia continuo con su equivocado criterio y sin respetar la Constitución de la República, ni la ley. Dicta RESOLUCIÓN, el 16 de Abril del 2.010, lo que corre a FS %* VUELTA DE LOS AUTOS y tampoco se me notifica. La parte actora pide una liquidación por haber ejecutoriado la Resolución con designación de perito para ello el Juez. DR. LUIS CRESPO ORENA liquidarse las pensiones alimenticias fijadas en esta resolución el valor de 187 dólares mensuales, más los beneficios de ley, a favor de cada uno de los hijos que mantiene el suscrito. Y QUE DEBO PAGAR DESDE EL AÑO DOS MIL. Resuelve el Juicio a los DIEZ AÑOS DE TRAMITE Y ME CAUSA UN DAÑO MATERIAL Y MORAL y a toda mi familia, con las consecuencias de no poder pagar 25.000 dólares que sale de la liquidación que obra de FS 59 del proceso. Algo inmoral, inaudito, inconstitucional, nunca dado en los anales de la función judicial, pero se da en la función judicial. Tampoco fui notificado con la liquidación. No se encuentra ejecutoriada, ni la resolución, ni ninguna providencia por lo ya expuesto. ...FUI DETENIDO EL DOS DE JUNIO DE 2010 hasta el 6 DE JUNIO de 2010, en que se me pone en libertad. Libertad que me concede el Juez I de la Niñez y adolescencia DR. LUIS CRESPO, por habérseme dejado en INDEFENSIÓN y ordena que se me cite con la resolución. ...El Juez citado mediante providencia de fecha Junio 4 de 2.010 constante de FS 65, ordena que se me notifique con la resolución de fijación de pensiones alimenticias definitiva; pero sin pronunciarse sobre las providencias antes indicadas, dejándose en firme todas las se (sic) pronunciaron después de la resolución en cuestión y ellas están en firme... Esta resolución fue apelada por mí y toco conocer de la misma a la SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY, compuesta de los Jueces Doctores LUIS URGILES CONTRERAS, GUILLERMO OCHOA ANDRADE y PABLO VINTIMILLA GONZÁLEZ, los que después de analizar lo actuado RESUELVEN, acoger el recurso de apelación interpuesto y REFORMAR LA RESOLUCIÓN, fijando la pensión alimenticia a favor de mi hija MARÍA JOSÉ DELEG PINTADO, en la suma equivalente al 50% de un salario mínimo unificado del trabajador en General, las que deben ser canceladas desde el año de DOS MIL, fecha de presentación de la demanda. No estoy de acuerdo con esta resolución, por ser injusta, ilegal e inconstitucional, esto por las razones jurídicas ya expuestas; además hay nulidad procesal que debía ser declarada lo que no afecta en nada a los derechos de mi hija, hacer lo contrario es perjudicar los derechos de ella, de mis otros hijos, de mi familia y estar expuesto a pagar en la cárcel ya que me es imposible pagar la suma indicada, por culpa de la administración de justicia que me tuvo en indefensión sin dictar la Resolución por DIEZ AÑOS...".

Pues simplemente la función judicial nada tiene que ver con ningún supuesto retardo en resolver su causa mencionada durante diez años, como se alega para sustentar la responsabilidad objetiva del estado por un deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia, pues lo que sucedió es que el 8 de junio del 2000, en la audiencia de conciliación señalada para el efecto se fijó una pensión alimenticia provisional de cinco salarios mínimos vitales generales mensuales que debía pagar el demandante a su hija menor de edad María José Déleg Pintado; pensión ésta que la madre de la menor mencionada solicitó el 5 de marzo del 2010 que sea incrementada. Es evidente, por tanto, que nada tiene que ver el Estado Ecuatoriano con tal pedido de alimentos efectuado en el año 2000, y su posterior pedido de incremento realizado por la madre de la menor en el año 2010.

UNDÉCIMO.- Si el demandante, Sr. Déleg, tal como el señala, no estaba de acuerdo con la resolución que dio a su recurso de apelación la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que acogió parcialmente su recurso y reformó la resolución del inferior, fijando la pensión alimenticia a favor de su hija María José Déleg Pintado en la suma equivalente al 50% de un salario mínimo unificado del trabajador en general, las que debían ser canceladas desde el año dos mil, fecha de presentación de la demanda, entonces debía impugnar la misma con los recursos legales respectivos; pero no puede pretender tornar tal caso en uno de responsabilidad objetiva del estado por un deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia bajo el título de imputación de inadecuada

administración de justicia, arguyendo un supuesto retardo en resolver su causa durante diez años, hecho este simplemente inexistente, tal como se ha explicado.

Por todo lo antes considerado, este Tribunal de Casación considera que la sentencia impugnada efectivamente incurrió en el vicio de extra petita dentro de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; pues no pueden los jueces distritales que la suscriben cambiar el título de imputación por el cual se demanda, esto es de "inadecuada administración de justicia", por el de "detención arbitraria", decidiendo por tanto en su sentencia impugnada sobre pretensiones no formuladas por el demandante, adoleciendo así la sentencia de instancia de falta de congruencia entre aquello que es materia de la litis y lo considerado y resuelto en dicha sentencia, tal como se ha explicado. Sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal de Casación **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: A)** Acepta el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Consejo de la Judicatura, y por tanto casa la sentencia expedida el 25 de abril de 2012, 09h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, conforme lo mencionado en los considerandos tercero a octavo. **B)** Conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, y por lo señalado en los considerandos noveno a undécimo, se rechaza la demanda. Sin Costas. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

V

Resolución nro. 1014-2016
Juicio nro. 446-2013

Juicio por impugnación de sanción administrativa, propuesto por Gustavo Estuardo Valencia Córdova y Juan Javier Fajardo Jiménez, en sus respectivas calidades de propietario, y Gerente General y representante legal del Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, en contra de Director Provincial de Salud del Azuay (Ministerio de Salud Pública) y del Procurador General del Estado

SÍNTESIS

Gustavo Estuardo Valencia Córdova y Juan Javier Fajardo Jiménez, en sus respectivas calidades de propietario, y Gerente General y representante legal del Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, con fundamento en la causal 3ª del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca; fallo que declara sin lugar la demanda de impugnación de sanción administrativa (clausura temporal de 10 días por haber infringido el artículo 185 de la Ley Orgánica de Salud) propuesta por los recurrentes en contra del Director Provincial de Salud del Azuay (Ministerio de Salud Pública) y del Procurador General del Estado.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al establecer que el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi emitió la orden imperativa de internamiento del menor José Sebastián Hidalgo Tello en un centro especializado reconocido por el Estado para que supere su adicción al alcohol y drogas, y que el Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos no estaba autorizado para recibir a menores de edad, como en efecto lo hizo, pues el Plan Terapéutico y el Reglamento Interno presentado ante el Ministerio de Salud Pública y aprobado por esta institución pública, en lo que se refiere al grupo etario y género dice: " Dirigido a personas del sexo masculino en las edades comprendidas entre 18 y 65 años de edad", verifica que dicho Centro no se encontraba autorizado para recibir a menores de edad, por lo que la sanción impuesta a este Centro es legal y válida y no existe el yerro alegado; con mayor razón, si la parte recurrente pretende que en casación se analice la actuación administrativa para lo cual la Sala se encuentra vedada. En tal virtud, rechaza el recurso interpuesto y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 446-2013

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, 1 de septiembre de 2016, a las 16h25.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado Juez de la Corte Nacional de Justicia por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución Nº 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución Nº 314-2014, de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** por Resolución Nº 01-2015, de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se resolvió la integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; y,

d) por sorteo de 2 de marzo de 2015, correspondió el conocimiento y resolución del presente recurso de casación al Tribunal integrado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado, este último en calidad de Juez ponente. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 30 de agosto de 2013 por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Cuenca, dentro del juicio N° 112-2013 seguido por los señores Gustavo Estuardo Valencia Córdova y Juan Javier Fajardo Jiménez, en sus respectivas calidades de propietario y Gerente General y representante legal del Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, en contra de los señores Procurador General del Estado y Director Provincial de Salud del Azuay, resolvió que: *"...declara sin lugar la demanda."*

1.2.- El 4 de septiembre de 2013, los actores solicitaron la ampliación de la sentencia, la misma que fue negada por auto de 11 de septiembre de 2013.

1.3.- El 18 de septiembre de 2013, los actores interpusieron el recurso de casación, fundamentados en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- El 19 de septiembre de 2013 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 5, calificó el recurso de casación y ordenó que se eleve el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.5.- El 9 de diciembre de 2014, el Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación.

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 impugnada ha incurrido en el yerro alegado, es decir por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, como afirman los recurrentes.

2.3.- Respecto de la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.- Los recurrentes fundamentaron la supuesta existencia de este error en la sentencia indicando que: *"Los Señores Jueces del Tribunal Pluripersonal de Primera Instancia, en los considerandos octavo y noveno de su fallo, realizan un análisis del expediente administrativo, fundamentalmente de la sentencia y providencia dictadas por el Señor Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi, para llegar a sostener que no existía orden judicial EXPRESA que disponga el internamiento del menor en el C. de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos. Dentro de la etapa de prueba del presente juicio, por nuestra parte adjuntamos abundante prueba documental, referente a las publicaciones realizadas por medio de prensa escrita, haciéndose conocer la sanción administrativa impuesta en contra de la Institución en nosotros representada, copias certificadas de los permisos y autorizaciones del Centro de Rehabilitación, convenios suscritos con Instituciones del sector público, certificación de que en el Cotopaxi no existe centro de rehabilitación para menores de edad, entre otros, lo cual no ha merecido pronunciamiento alguno ni peor valoración bajo los principios de la sana crítica para entender lo ilegítimo e ilegal del actuar administrativo. La sentencia emite una orden imperativa, que es el internamiento del menor en un centro especializado reconocido por el Estado, para que supere su adicción al alcohol y drogas. La naturaleza jurídica de los procesos de menores, implica la prohibición de su divulgación o publicidad e incluso emite orden de destrucción de los archivos. Constituye una equivoca (sic) apreciación de la prueba el pretender que en la sentencia del juzgador especial de menores, debía establecer el nombre del centro de rehabilitación en donde debía procederse al internamiento. Cuando el C. de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, procede a internar al menor, de manera inmediata comunica el particular al Señor Juez Segundo de la Niñez de Cotopaxi, juzgador que mediante providencia dispone por secretaria (sic) remitir oficio a la Institución en nosotros representada. Sin embargo de todo lo expuesto los juzgadores llegan a la siguiente conclusión: ´no convalido (sic) de forma expresa y clara´, insisto nuevamente yerra en la apreciación de la prueba y desconocen la disposición legal de prohibición de publicidad y divulgación de los procesos de menores. La norma*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

adjetiva civil establece la obligatoriedad de los jueces, de en su fallo expresar todas las pruebas producidas, sin embargo se hace un análisis, de partes de la sentencia y providencia dictada por el Señor Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia, lo cual desnaturaliza su contexto íntegro y no permiten una correcta aplicación de la justicia y la Ley. No fue valorada toda la prueba en su conjunto, que permita entender que el C. de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, es una institución reconocida y autorizada por el Estado, que en la sentencia no se dispuso el nombre de un centro específico, que en la provincia de Cotopaxi no podía cumplirse con la orden judicial por falta de un centro especializado, que el progenitor, de acuerdo a sus intereses y necesidades podía elegir el centro, que la institución en nosotros representada comunico (sic) el internamiento al Juez competente, que por medio de secretaría del Juzgado de la Niñez se oficio (sic) a nuestra Institución, y otro (sic) documentos que justifican plenamente la pertinencia del internamiento, y que el mismo no fue arbitrario o volitivo, si no (sic) el cumplimiento de disposición judicial..." Y en cuanto a la falta de aplicación del literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, los recurrentes manifiestan: *"El Tribunal de Primera Instancia, considera que el acto administrativo está debidamente motivado, por cuanto la controversia se centra en entender si existía o no orden judicial, que disponga el internamiento en el Centro de nuestra representación del tantas veces mencionado menor ... Mediante una indebida valoración de prueba llegan a la conclusión de que no existía orden judicial, y que el internamiento del menor no fue una consecuencia de una disposición emitida por el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi, estas aseveraciones son erradas y no guardan concordancia con la sentencia del Juez Penal Contravencional de Menores que dispuso el internamiento en centro especializado reconocido por el Estado y que además por medio de secretaria (sic) del juzgado ofició al C. de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, por lo tanto si existe autorización, por parte de la Autoridad Judicial. Si el argumento exclusivo para imponer sanción administrativa en nuestra contra, fue el internamiento del menor de edad, y que la autoridad administrativa, no dio valor jurídico a la sentencia del Juez Penal Contravencional, convierte al actuar administrativo en indebidamente motivado y por mandato constitucional en nulo como así ha solicitado sea declarado en libelo de demanda. Insistimos el yerro de valoración de la prueba conlleva a que la sentencia impugnada no aplique la norma sustantiva del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, que establece el principio de motivación de los actos administrativos. El acto administrativo tiene como premisa menor que el C. de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, es un centro reconocido por el Estado, pero que su autorización es para mayores de edad de sexo masculino; tiene como premisa mayor, que dentro de la Institución en nosotros representada estaba internado un menor de edad, y como conclusión que merecíamos sanción por incumplir nuestro propio reglamento de funcionamiento. Este acto esta (sic) INDEBIDAMENTE MOTIVADO, debido a que el internamiento del menor se da como consecuencia de un proceso judicial penal contravencional de menores." (las mayúsculas corresponden al texto original)* Concluyen los recurrentes su recurso, con la siguiente petición: *"En la sentencia, en una indebida valoración de la prueba, al no apreciar todos los documentos en su conjunto, el tribunal de primera instancia, ratifica que no existía orden judicial EXPRESA. Por medio del presente recurso de casación lo que se pretende es un correcto análisis del proceso judicial para que se entienda lo errado del actuar administrativo, y se de valor jurídico a la orden judicial que fue lo que motivó el internamiento del menor en el centro en nosotros representados. (sic)"* A fin de resolver sobre el recurso planteado, la Sala considera que la valoración de la prueba es una operación mental que realiza el juzgador para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones de las partes, y esta facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; la sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva, distinta de la realizada respecto de las pruebas que obran de autos. Lo que si puede hacer la sala de casación, es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha violación ha conducido a la violación de normas de derecho. Como vimos, en el presente caso, el Tribunal de instancia considera que el objeto de la controversia está en establecer si el internamiento del menor de edad en el Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos se produjo por orden judicial, y si este Centro de Rehabilitación estaba autorizado para recibir a menores de edad, para lo cual el Tribunal A quo consideró que la sentencia expedida por el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de la provincia de Cotopaxi, dispuso: *"... Por tal motivo le impongo la medida socioeducativa de internamiento con régimen de semilibertad por*

hasta TRES MESES, que deben cumplir en el Centro de Internamiento de adolescentes Infractores (sic) de la ciudad de Ambato. Para acogerse a este beneficio dichos menores deben justificar en legal y debida forma ante la Directora Institucional del Centro la calidad de estudiantes o trabajadores, quienes luego de suscribir la correspondiente acta-conjuntamente (sic) con sus representantes legales y la Directora del Centro, autorizo su salida desde las 06h00 hasta las 18h00, de lunes a viernes, para el cumplimiento de los fines determinados. Debiendo permanecer internados en el centro los días sábados, domingos, feriados y de descanso obligatorio, debiendo descontarse el tiempo que han permanecido internados en dicho Centro por esta causa. En caso de incumplimiento de esta medida se revocará la misma, según la ley y se ordenará el internamiento institucional. Luego del cumplimiento de la medida dispuesta los menores bajo el cuidado y responsabilidad directa de sus progenitores deben ser sometidos a un centro especializado serio debidamente reconocido por el Estado para que reciban terapia y solucionen su dependencia alcohólica y de consumo de estupefacientes." Con posterioridad, frente al pedido de la madre del menor, con providencia de 28 de noviembre de 2012, el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi dispuso, en lo pertinente: *"... Consecuentemente la progenitora debe dar cumplimiento a lo resuelto por el Juzgado, en los términos ordenados en la referida sentencia."* Es decir, el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia resolvió sobre dos aspectos trascendentales que debían cumplir los representantes del menor, a saber: a) suscribir el acta conjuntamente con la Directora del Centro de Internamiento de Adolescentes de la ciudad de Ambato a fin de hacer efectiva la medida socioeducativa de internamiento con régimen de semilibertad por tres meses, bajo las condiciones impuestas en la sentencia; y, b) luego de lo cual, someter al menor a un tratamiento en un centro reconocido por el Estado, para su tratamiento y terapia para solucionar su dependencia al alcohol y las drogas. Del análisis del expediente y de versiones de los propios actores, se verifica que el Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos, no estaba autorizado a recibir a menores de edad, como en efecto lo hizo, pues incluso, el Plan Terapéutico y el Reglamento Interno presentado ante el Ministerio de Salud Pública y aprobado por esta Institución pública, en lo que se refiere al grupo etáreo y género dice: *"Dirigido a personas del sexo masculino en las edades comprendidas entre los 18 y 65 años de edad"*. Es decir, se ha verificado que el Centro de Rehabilitación de Alcohol y Drogas 12 Pasos no se encontraba autorizado para recibir a menores de edad y, en consecuencia, la sanción impuesta es plenamente legal y válida, razón por la cual no se verifica la existencia del yerro alegado en la sentencia, con mayor razón si los recurrentes pretenden que en casación, la Sala analice la actuación administrativa, para lo cual nos encontramos vedados.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la 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**, rechaza el recurso de casación y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal Nº 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

VI

Resolución nro. 1321-2016
Juicio nro. 637-2015

Apelación respecto de demanda de repetición de pago, propuesto por el Ministerio de Salud Pública y la Procuraduría General del Estado en contra de Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros. (Médicos de los Hospitales "Dr. Gustavo Domínguez Z." y "Eugenio Espejo")

SÍNTESIS

El Ministerio de Salud Pública presenta ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con sede en la ciudad de Quito, la demanda de repetición de pago a favor del Estado ecuatoriano en contra de Luis Aníbal Pullas Zuleta, quien desempeñó el cargo de Director del Hospital" Doctor Gustavo Domínguez Z." ubicado en Santo Domingo de los Colorados, de Lidia Mercedes Ojeda Miraba, Luis Vilca Molina, Myriam Magdalena Rubio Albán, Ángel Enrique Zapata Sánchez y Wilson Galo Castro Orellana, quienes se desempeñaron como médicos residentes del Hospital antes mencionado; y, de Jorge Andrade Gaibor, Director del Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito y de Edith Dalila Martínez Pazmiño y Guillermo Estuardo Novoa Uquillas, médicos cirujanos generales de dicho Hospital. Tal acción de repetición se contrae a establecer la existencia o no de responsabilidad en contra de los demandados que, según afirma el Ministerio actor de la causa, ejercieron funciones médicas en las casas de salud públicas del Ministerio de Salud Pública cuando Pedro Miguel Vera Vera fue atendido por una herida de bala ocasionada durante la detención efectuada por miembros de la Policía Nacional; y, además, tiene como antecedente fundamental la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determinó al Estado ecuatoriano como responsable por violación a los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva respecto de Pedro Miguel Vera Vera y su madre Francisca Mercedes Vera Valdez, motivos por los cuales se le condenó a pagar por concepto de daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos, la suma de US $ 62.000,oo.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con sede en la ciudad de Quito rechaza la demanda por considerar, en lo principal, que la investigación previa a la presentación de esta demanda es insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados y si las acciones ejecutadas por ellos fueron realizadas con dolo o culpa grave y de qué manera sus actuaciones en el tratamiento y atención brindada a Pedro Miguel Vera Vera incidieron en su posterior deceso.- Respecto de este fallo y de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Ministerio de Salud Pública y la Procuraduría General del Estado deducen sendos recursos de apelación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia que, al considerar que en dichos recursos" ... no existe fundamentación alguna, ni se desprende de los mismos concreta y exactamente, con qué parte o argumentos de la sentencia impugnada las instituciones apelantes no están de acuerdo y por qué, aspectos éstos que este Tribunal de apelación no puede suplir, dado que se refiere a determinar o no la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, ...", rechaza los recursos de apelación; y, en lo que concierne a la solicitud de la Procuraduría General del Estado de que se aplique el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil en correlación con la Disposición General Sexta de la Ley Orgánica

de la Procuraduría General del Estado," ...esto es la institución de la consulta al superior cuando las sentencias judiciales sean adversas a las instituciones del Estado, .." su aplicación se considera improcedente puesto que tanto el Ministerio de Salud Pública como la misma Procuraduría General del Estado han presentado sus respectivos recursos de apelación y, por tanto, en modo alguno, el Estado ha quedado en indefensión procesal.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 637-2015

Juez Ponente: Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 8 de diciembre del 2016, las 15h58.

VISTOS: A) El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución No. 1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, acorde con el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y el acta de sorteo de 29 de junio de 2015 que consta en el proceso, así como la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos. **D)** Agréguese a los autos los escritos de 6 de septiembre de 2016, presentado por el Dr. Luis Patricio Pullas Zuleta; el de 30 de septiembre de 2016 presentado por el Dr. Alfredo Israel Zeas Neira, Procurador Judicial del Ministerio de Salud Pública; y el de 26 de octubre de 2016, presentado por la Dra. Lidia Mercedes Ojeda Miraba, Dr. Wilson Galo Castro Orellana, Dr. Ángel Enrique Zapata Sánchez y Dr. Luis Armando Vilca Molina. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- Mediante sentencia de 2 de abril de 2015, 16h55, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito, resolvió rechazar la demanda que contenía la acción de repetición presentada por el Ministerio de Salud Pública en contra: **1.1.-** Del doctor Luis Aníbal Pullas Zuleta, quien desempeñó el cargo de Director del Hospital "Doctor Gustavo Domínguez Z." ubicado en Santo Domingo de los Colorados; de los doctores Lidia Mercedes Ojeda Miraba, Luis Vilca Molina, Myriam Magdalena Rubio Albán, Ángel Enrique Zapata Sánchez y Wilson Galo Castro Orellana, quienes se desempeñaron como médicos residentes en el Hospital mencionado. **1.2.-** Así como también en contra del doctor Jorge Andrade Gaibor, Director del Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito; y de los doctores Edith Dalila Martínez Pazmiño y Guillermo Estuardo Novoa Uquillas, médicos cirujanos generales en el Hospital indicado. **1.3.-** En la sentencia, en lo principal, se menciona que:

"DÉCIMO CUARTO: El theme decidendum en el presente caso se contrae a establecer la existencia o no de responsabilidad/es en contra de los demandados, que a decir de la parte actora ejercieron funciones médicas entre el 13 y el 22 de abril de 1993 en diferentes casas de salud públicas del Ministerio de Salud Pública, cuando el señor Pedro Miguel Vera Vera fue atendido por una herida de bala a la altura del pecho en el costado izquierdo que recibió durante su detención por miembros de la Policía Nacional ocurrido el 12 de abril de 1993; las cuales en caso de determinarse por parte del Tribunal, deberán ser declaradas y hacerse efectivas además las responsabilidades patrimoniales, la cual de acuerdo a la doctrina dista de la responsabilidad del funcionario ello por cuanto respecto de éste último, debe demostrarse la existencia de dolo o culpa grave en la ejecución de sus acciones para ser condenado a la repetición: *"La imputación de la responsabilidad al Estado radica en la existencia de un daño antijurídico, causado por la acción u omisión de un agente suyo, que supone la respectiva reparación, que incluso puede fundarse en un régimen objetivo –por ejemplo, el del daño especial-, situación que dista de aquella en que se halla el agente demandado en acción de repetición, pues para*

hacerlo responsable es necesario indagar por su conducta, esto es, hacer un análisis subjetivo de la conducta, para determinar si actuó con dolo o culpa grave, pues de no ser así, aunque se haya declarado la responsabilidad del Estado por los hechos, no procede condena en contra de su agente, no cualquier culpa hace responsable al funcionario frente al Estado. Debe tratarse de dolo o culpa grave, para que se comprometa al patrimonio del agente. Otro grado de culpa en el obrar del funcionario lo asume patrimonialmente la entidad estatal, que no podrá, por tanto, repetir lo pagado al ciudadano afectado. Implícitamente la norma establece que la administración está dispuesta a perdonar al funcionario, o mejor, a asumir, los daños que su conducta, originada en otro tipo de culpa –leve o levísima- cause a los particulares." (pg. 645, Responsabilidad extracontractual del Estado, Enrique Gil Botero, Quinta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 2011).- De lo anteriormente señalado entonces, el Tribunal debe efectuar el siguiente análisis: 14.1. El objeto y ámbito de la acción de repetición, de conformidad con el artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es: *"Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos."*.- ... 14.4. Este proceso tiene como antecedente fundamental, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 19 de mayo de 2011, en la que se determinó al Estado Ecuatoriano como responsable por violación a los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva respecto del señor Pedro Miguel Vera Vera y su madre señora Francisca Mercedes Vera Valdez (fs. 91 a 120), motivos por los cuales se le condenó a pagar las cantidades fijadas en los párrafos 131, 132, 136, 137 y 145 de dicha Sentencia por concepto de daño material e inmaterial, y por reintegro de costas y gastos, valores que ascendieron al monto de USD $62.000,oo, cuyo monto corresponde a la cuantía del presente juicio.- 14.5. Conforme lo indicado, si bien existe una sentencia condenatoria en contra del Estado Ecuatoriano en relación al caso sub judice, independientemente de la misma, corresponde a esta instancia judicial (contencioso administrativa), declarar o no, las responsabilidades de la o las personas demandadas por la violación de los derechos que generaron la obligación del Estado a reparar materialmente sobre este hecho, cuyo proceso, el presente, constituye uno autónomo de aquel por el cual se determinó como responsable al Estado Ecuatoriano por la violación de los derechos a la integridad y a la vida, así como responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, así como a la integridad personal del señor Pedro Miguel Vera Vera y su madre la señora Francisca Mercedes Vera Valdez, violaciones todas ellas, por las cuales se le condenó además al pago de indemnización de por los daños materiales e inmateriales, costas y gastos, por el monto de USD $62.000,00, correspondiéndole en consecuencia a este Tribunal, dentro del presente proceso, determinar de manera individualizada la existencia o no de la o las responsabilidades en contra de los demandados respecto únicamente a los hechos relacionados con la atención médica que recibió el señor Pedro Miguel Vera Vera entre el 13 y 22 de abril de 1993 en los Hospitales pertenecientes al Ministerio de Salud Pública en las ciudades de Santo Domingo de los Colorados y Quito.- ... 14.9.- ...Ahora, si bien el Tribunal advierte que las personas citadas eran médicos residentes y autoridades administrativas en los Hospitales que atendieron al señor Vera Vera, la imputación de responsabilidades no solo procede con la identificación de personas y las funciones que desempeñaban, sino que corresponde analizar de qué manera sus actuaciones en el tratamiento y atención brindada al señor Vera Vera, incidieron en su posterior deceso y si los mismos fueron efectuados además con dolo o negligencia grave.- De acuerdo con esto último, a efecto de establecer si en el presente caso existe lugar o no a la repetición en contra de los demandados, es necesario examinar si las acciones ejecutadas por los entonces agentes públicos, fueron realizadas con dolo o culpa grave; ... De lo revisado, no solo basta con establecerse o no de que el deceso del señor

Pedro Miguel Vera Vera fue el resultado de un accionar irregular del agente público, sino que además dicho accionar se lo efectuó con la intención de irrogar daño, ya sea por la acción u omisión del agente público.- ... en el trascurso de todo el proceso la parte actora no ha logrado establecer con precisión las actividades que cada uno de ellos ejecutaron en el desempeño de sus cargos respecto a la atención médica brindada al señor Pedro Miguel Vera Vera; y, menos aún que dichos agentes estatales procedieron con culpa grave o dolo, ello tomándose en cuenta de que el Estado debió realizar en el presente caso una investigación más prolija luego del deceso del señor Pedro Miguel Vera Vera, tal y como la Comisión había solicitado a la CIDH para que realice una investigación judicial pronta, diligente y efectiva con el fin de identificar juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones en el numeral 113 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011 (fs. 113 vta) resultando así que la investigación previa a la presentación de la presente demanda de ´repetición, efectuada por el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA resulte insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados.- La garantía de la presunción de inocencia en favor de los demandados, hacía necesario a la entidad demandante que establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave realizada por los agentes estatales; cosa que en la especie está totalmente ausente, toda vez que la demanda se sustenta en un simple cuadro de los supuestos médicos que trataron al señor Vera Vera durante el período del 13 al 23 de abril de 1993, siendo que tal deficiente investigación, con el cual, como en el caso de los médicos del Hospital Público de Santo Domingo de los Colorados, tan solo se adjunta un cuadro de la asistencia de los médicos residentes que estuvieron de turno los días 12 y 13 de abril de 2013, sin poderse determinar siquiera el turno que tenían, pues en dicha hoja no se ha colocado si se trataban de turnos de la mañana, la tarde o la noche.- …Por las consideraciones anteriores sin que sea necesario la formulación de otras, el Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la demanda presentada por el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA.- Sin costas ni honorarios que regular.- NOTIFÍQUESE.".

SEGUNDO.-2.1.- Respecto de la acción de repetición, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República dice: *"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: "9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.* ***El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido,*** *sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. [...]"* **2.2.-** La disposición transcrita tiene concordancia con el artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC), que dice: *"Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos...".* (Las negrillas nos pertenecen).

TERCERO.- De dicha sentencia de instancia, el Ministerio de Salud Pública interpone recurso de apelación en los siguientes términos: *"PETICIÓN: En mérito de las consideraciones y acorde a lo establecido en el Artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,* ***presento RECURSO DE APELACIÓN conforme la fundamentación expuesta,*** *al fallo emitido por el Tribunal de lo Distrital Contencioso Administrativo Número Uno, solicitando se acepte la demanda interpuesta por esta Cartera de Estado respecto de la presente acción de repetición y que los demandados reintegren al Estado Ecuatoriano los recursos erogados por el mismo en concepto de reparación de daños declarados por la CIDH."* (Lo resaltado nos corresponde).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CUARTO.- 4.1.- Los doctores: Lida Mercedes Ojeda Miraba, Wilson Galo Castro Orellana, Ángel Enrique Zapata Sánchez y Luis Armando Vilca Molina, en relación al recurso de apelación interpuesto por la Ministra de Salud Pública, manifiestan que:

"2.- CON REFERENCIA A LA APELACIÓN, interpuesta por el Dr. ALFREDO ISMAEL ZEAS NEIRA, procurador de la Ministra de Salud Pública, a la sentencia emitida por este Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en que rechaza la demanda, debemos manifestar lo siguiente: a.- Primeramente, sostenemos nuestros fundamentos de contestación y excepciones interpuestas a tal demanda en el que se nos ha vinculado de manera ilegal con la intención de causarnos daño moral, psicológico y económico, como hasta la presente **no ha demostrado el Ministerio que nosotros los demandados seamos responsables de algún acto doloso o de culpa grave en el caso de la atención médica que ha recibido el señor Pedro Miguel Vera Vera entre los días 12 y 13, y del 17 al 22 de abril de 1993, en el Hospital de Santo Domingo,** por el que se nos ha vinculado, pues no existe sentencia alguna de esta naturaleza o auto que declare aquello conforme lo prevé el Art. 72. Inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que señala: "La Sala notificará por escrito la sentencia en el término de tres días, en la que deberá fundamentar sobre la declaratoria de dolo o culpa grave en contra de la servidora o servidor público...", esto tenía que ser demostrado en el proceso por la parte actora conforme lo tenemos señalado en nuestra defensa, pero no lo ha hecho; ni tampoco existe prueba alguna o sentencia judicial que nos haya en algún momento procesado y condenado por aquello, por eso consideramos que lo que ha fallado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es lo justo y apropiado de forma acertada y motivada en apego estricto a la justicia, a la ley y a todo lo actuado del proceso; sin que haya que ser cambiada en lo posterior por lo tanto la apelación interpuesta carece de sustento legal y de derecho, para proceder continuar con esta acción generándonos este daño a nosotros los comparecientes médicos.-".

4.2.- El Dr. Guillermo Estuardo Novoa Uquillas manifiesta también respecto al mencionado recurso de apelación que:

"... Para ir concluyendo, debo expresar que éste problema hoy gran problema para los curiales jurídicos, tanto del Ministerio de Salud como de Procuraduría, al haber acusado a un INOCENTE, a quien NUNCA PARTICIPÓ EN NADA EN LA MUERTE DE EXTINTO VERA VERA, al no entender que éstos a veces no se hallan respuesta en normas jurídicas, en elucubraciones, en sospechas, en presupuestos, sino se hallan en la verdad histórica, en la verdad procesal, hoy encontré mi razón, mi derecho en la decisión de los Jueces y Jueza, que resolvieron este caso, no las encontré tan solo en el derecho positivo, con las que los denunciantes trabajaron, sino en la CERTEZA y en mi PRUEBA DE VERDAD, dejando las dudas y polémicas intrusas sin efecto; lo que contó para mí fue, en última instancia, la idea de Justicia, la aplicación del derecho, la constitución, la ley, todo eso aplicado por los Juzgadores, y como producto de ello: la sentencia a mi favor.".

4.3.- Y el Dr. Luis Patricio Pullas Zuleta, igualmente respecto al recurso de apelación del Ministerio referido, señala que:

"Es decisorio y de vital importancia el hecho de haber participado o no en la cirugía practicada al paciente Pedro Miguel Vera Vera en calidad de cirujano, pues de esta circunstancia presuntamente se desprendería la existencia de cualquier responsabilidad, siempre y cuando, claro está, se hubiese realizado la "Investigación Previa a la Denuncia" prevista en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. No se puede involucrar a un médico que no intervino en la cirugía o a cualquier galeno ajeno a esa especialidad (Cirujano o emergenciólogo), como es el caso del compareciente, Luis Patricio Pullas Zuleta, médico pediatra, quien circunstancialmente ejercía la dirección del Hospital de Santo Domingo de los Colorados (Hoy de los Tsáchilas), en el mes de abril de 1993... Sin embargo, la Sala consideró que la Investigación Previa a la demanda, a la que se refiere la doctora Escobar, "resulta insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados. La garantía de presunción de inocencia en favor de los demandados, hacía necesario a la entidad demandante que establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave realizada por los agentes estatales: cosa que en la especie está totalmente

ausente, toda vez que la demanda se sustenta en un simple cuadro de los supuestos médicos que trataron al señor Vera Vera, durante el período del 13 al 23 de abril de 1993, siendo que tal deficiente investigación, con el cual, como en el caso de los médicos del Hospital Público de Santo Domingo de los Colorados, tan solo se adjunta un cuadro de la asistencia de los médicos residentes que estuvieron de turno los días 12 y 13 de abril... sin poder determinar el turno que tenían..."

QUINTO.- 5.1.- Parecería ser que el Ministerio apelante considera, prácticamente, que se daría una especie de responsabilidad por el mero hecho de haber estado presente al momento de que ocurrieron los hechos, es decir que los médicos presentes en los hospitales "Doctor Gustavo Domínguez Z." ubicado en Santo Domingo de los Colorados, y "Eugenio Espejo" de la ciudad de Quito, donde ocurrieron las complicaciones a la salud del Sr. Pedro Miguel Vera Vera, al ser atendido por una herida de bala a la altura del pecho en el costado izquierdo que recibió el 12 de abril de 1993 durante su detención por miembros de la Policía Nacional, y su posterior fallecimiento, devendrían en "automáticamente responsables" de los daños causados y a ellos debe atribuírseles la responsabilidad por el mero hecho de haber estado de turno o presentes en esos momentos, o en el caso del Dr. Luis Patricio Pullas Zuleta, por haber sido Director del Hospital "Doctor Gustavo Domínguez Z.", de Santo Domingo de los Colorados, en esa fecha.

5.2.- Tal criterio deviene en prácticamente absurdo y nada tiene que ver con establecer responsabilidad a efectos de la acción de repetición, la cual, obviamente es materia de prueba, y depende no simplemente en determinar qué médicos estuvieron de turno tales días, sino más bien de establecer las actuaciones u omisiones de cada uno de acuerdo a los roles médicos que en tales momentos les correspondía realizar, única manera de establecer si actuaron con dolo o culpa. Esta Sala especializada está de acuerdo con la autorizada doctrina administrativa citada en la sentencia impugnada, cuando se señala que: *"La imputación de la responsabilidad al Estado radica en la existencia de un daño antijurídico, causado por la acción u omisión de un agente suyo, que supone la respectiva reparación, que incluso puede fundarse en un régimen objetivo –por ejemplo, el del daño especial-,* ***situación que dista de aquella en que se halla el agente demandado en acción de repetición, pues para hacerlo responsable es necesario indagar por su conducta, esto es, hacer un análisis subjetivo de la conducta, para determinar si actuó con dolo o culpa grave, pues de no ser así, aunque se haya declarado la responsabilidad del Estado por los hechos, no procede condena en contra de su agente,*** *no cualquier culpa hace responsable al funcionario frente al Estado.* ***Debe tratarse de dolo o culpa grave, para que se comprometa al patrimonio del agente. Otro grado de culpa en el obrar del funcionario lo asume patrimonialmente la entidad estatal, que no podrá, por tanto, repetir lo pagado al ciudadano afectado.*** *Implícitamente la norma establece que la administración está dispuesta a perdonar al funcionario, o mejor, a asumir, los daños que su conducta, originada en otro tipo de culpa –leve o levísima- cause a los particulares."* (pg. 645, Responsabilidad extracontractual del Estado, Enrique Gil Botero, Quinta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 2011).- (Lo resaltado nos pertenece).

SEXTO.- Analizado el referido recurso de apelación del Ministerio de Salud Pública que consta de fojas 966 a 971, se aprecia que el recurso de apelación se contrae simplemente a copiar textualmente y de manera extensa normas de derecho nacionales e internacionales, y extractos de las sentencias impugnada y sobre todo de aquella de 19 de mayo de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; largas copias textuales éstas de normas y partes de las sentencias que de manera alguna podrían constituir "fundamentación" del recurso de apelación propuesto. La doctrina procesal es clara, por otra parte, en lo que realmente implica una fundamentación del recurso de apelación, al respecto autorizada doctrina procesal nos dice que:

"21. TRÁMITE DE APELACIÓN DE AUTOS.- En el mismo auto en que el *ad quem* admite el recurso ordena correr traslado a las partes, por tres días a cada una, primero al recurrente para que lo sustente y luego al opositor, para que expongan las razones que tengan para que la apelación no prospere y la decisión se mantenga… El traslado es una oportunidad concedida a las partes para que le expongan al *ad quem* las razones que tengan sobre la decisión recurrida. **Tiene especial importancia para que el recurrente exprese el objeto de la apelación, sea para modificar o revocar la decisión... El apelante tiene la carga de sustentar el recurso, so pena de que se declare desierto.**". Jaime Anzula Camacho, *Manual de*

Derecho Procesal, 8 ed., (Bogotá: Temis S.A., 2011), 356. (Lo resaltado nos pertenece).

"*§ 381. MEMORIAL Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-* Por el recurso libre se presenta un escrito de fundamentación llamado "expresión de agravios". Por el recurso en relación se presenta un escrito llamado "memorial". La distinción entre uno y otro carece de sentido y deviene de una cuestión histórica. **Tanto uno como otro importan una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas.** No bastará remitirse a presentaciones anteriores. Esta crítica representa un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante entiende que lo perjudica. Las partes del fallo no atacadas quedan firmes y pueden dar lugar a la ejecución parcial. **El hecho de que la crítica sea razonada, importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión. Sin expresión de agravios o memorial, el recurso se considera desierto y la resolución atacada queda firme.** La crítica debe dirigirse o bien a la fijación de los hechos, o a la aplicación del derecho, o a ambos.". Enrique M. Falcón, *Manual de Derecho Procesal,* tomo 2, (Buenos Aires: Astrea, 2005), 24. (Lo resaltado nos pertenece).

SÉPTIMO.- Respecto al recurso de apelación presentado por la Procuraduría General del Estado (PGE), que consta a fojas 996 del expediente de instancia, el mismo es aún más escueto que el presentado por el Ministerio de Salud Pública, y se limita a decir: *"2. En lo principal, con fundamento en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interpongo recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal cuyo pedido de aclaración resuelve el 12 de mayo de 2015 a las 09h25, para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia."*. Aquí no existe ya ningún intento de fundamentación, por lo que este Tribunal simplemente no sabe cuál es el objeto de la apelación, qué exactamente impugna en el presente caso la PGE, pues no existe una crítica concreta y razonada de las partes del fallo de instancia que la PGE considere equivocadas; es por tanto aplicable a este recurso de la PGE lo antes conceptualizado respecto al recurso del Ministerio de Salud Pública, y en especial lo referido en el considerando sexto de esta sentencia.

Por todo lo indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: A)** No acepta los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Salud Pública ni por la Procuraduría General del Estado, toda vez en éstos no existe fundamentación alguna, ni se desprende de los mismos concreta o exactamente, con qué parte o argumentos de la sentencia impugnada las instituciones apelantes no están de acuerdo y por qué, aspectos éstos que este Tribunal de apelación no puede suplir, dado que se refiere a determinar o no la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, tal como lo señala el objeto y ámbito de la acción de repetición en el artículo 67, en correlación con el artículo 73, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **B)** Por otra parte, la PGE ha solicitado la aplicación del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil en correlación con la Disposición General Sexta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es la institución de la consulta al superior cuando las sentencias judiciales sean adversas a las instituciones del Estado; aplicación de tales artículos que son improcedentes, toda vez precisamente tanto el Ministerio de Salud Pública como la Procuraduría General del Estado han podido presentar sus respectivos recursos de apelación, y por tanto en forma alguna el Estado ha quedado en indefensión procesal. Sin costas. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (Voto Salvado). Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

VOTO SALVADO CONCURRENTE

Juicio No. 637-2015

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-
Quito, 8 de diciembre del 2016, 15h58.
VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el presente voto salvado concurrente, en los siguientes términos:
En lo principal, estoy de acuerdo con negar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Salud Pública y por la Procuraduría General del Estado, más sin embargo considero que en literal b) de la parte resolutiva se debería mencionar que respecto a la sentencia de 2 de abril de 2015, emitida por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, tanto el Ministerio de Salud Pública como la Procuraduría General del Estado interpusieron oportunamente sus recursos de apelación; y, en virtud de que la Procuraduría General del Estado ha solicitado que paralelamente se aplique el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil que regula la consulta en caso de sentencias adversas a las instituciones del Estado, la misma queda resuelta en los mismos términos constantes en la presente sentencia. **Notifíquese.-**
f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera. JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 637-2015

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, 17 de enero de 2017, 15h53.
VISTOS: PRIMERO.- 1.1- El Director Nacional de Patrocinio del Estado delegado del Procurador General del Estado (PGE), solicita que se aclare la sentencia dictada por mayoría y con voto salvado concurrente, el 8 de diciembre de 2016 a las 15h58, por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia porque *"no obstante, la Sala ha rechazado el recurso de apelación por falta de fundamentación y ha obviado la obligación, en cambio, de resolver sobre la sentencia venida en consulta porque a su juicio es improcedente en razón del recurso de apelación creyéndolo suficiente para asegurar la defensa estatal, aspectos que ha precisado no poderlo suplir, a pesar de la obligación legal contenida en las normas expresas señaladas."*. Normas estas que se refieren a la institución procesal de la consulta, así el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y la Disposición General Sexta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE); y se trae a colación al respecto que tal institución procesal se conserva en la actualidad también en el artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); adicionalmente se menciona el contenido del artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).
1.2.- El artículo 337 del CPC decía: "Si las partes renunciaren la apelación durante el pleito, los jueces no concederán ningún recurso. Las instituciones del Estado en ningún caso pueden renunciar a la apelación. Las sentencias judiciales adversas a las instituciones del Estado se elevarán en consulta a la respectiva corte provincial, aunque las partes no recurran. En la consulta se procederá como en los casos de apelación y, respecto de ellas no se aplicarán las disposiciones relativas a la deserción del recurso.".
1.3.- La Disposición General Sexta de la LOPGE dice: "Sexta: Las sentencias judiciales adversas al Estado, a las municipalidades, consejos provinciales y a las otras entidades del sector público, dictadas en primera instancia, se elevarán obligatoriamente en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran. En la consulta se procederá como en los casos de apelación.".
1.4.- El artículo 256 del COGEP dispone: RECURSO DE APELACIÓN. "Procedencia. El

recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación.".

1.5.- El artículo 73 de la LOGJCC determina que: "Recursos.- De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.".

1.6.- Además pide que se aclare porque si *"el Procurador General del Estado incorporó como prueba el expediente completo sustanciado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso durante el cual a partir de abundante prueba actuada, la Corte constató la grave negligencia médica que provocó la muerte del señor Pedro Miguel Vera Vera en manos y bajo custodia de agentes estatales. De la investigación previa realizada por el Ministerio de Salud Pública, se llegó a identificar plenamente a los médicos que prestaron atención al paciente Vera Vera y que son los mismos que aparecen del abundante acervo probatorio documental constante en el expediente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los que acude recurrentemente la Corte de manera irrefutable para condenar al Estado, según se desprende de los pies de página anotados en la sentencia Nos. 47, 48, 50, 55, 78, 79, 80, 81, 83, para citar algunos. Se dignarán aclarar por qué esos documentos no fueron tomados en cuenta por la Sala a efectos de determinar la participación de los demandados en la atención al señor Vera Vera y su grado de responsabilidad, a partir de los cuales se estableció precisamente la negligencia médica..."*.

SEGUNDO.- Los doctores Lida Mercedes Ojeda Miraba, Wilson Galo Castro Orellana, Angel Enríquez Zapata Sánchez y Luis Armando Vilca Molina, en su contestación al pedido de aclaración de la Procuraduría General del Estado, mencionan que: *"...la parte actora, no ha demostrado con pruebas, la responsabilidad personal e individual de cada uno de los demandados, contra quienes interpuso la acción de repetición; confirmándose la sentencia inicial la que después del amplio análisis de la prueba actuada en conjunto, de los razonamientos en los considerandos específicamente en el décimo cuarto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, llevó a concluir y tomar la decisión acertada uniforme de rechazar la demanda, ...Está clara la sentencia en la que se determina que la Procuraduría General del Estado, en sus escritos no ha fundamentado su apelación; porque el sólo hecho, de enunciar o determinar artículos de la ley, por si solos y sin mayor sustento de pruebas o argumento sobre lo que se sustente y fundamente su recurso de apelación a una sentencia, no se puede determinar o amparar para ser acogido como lo requiere, al determinar normas y leyes como acogerse a los: Art. 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y al Art. 337 del Código de Procedimiento Civil;"*.

TERCERO.- 3.1.- La mencionada sentencia de mayoría (Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y Ab. Cynthia Guerrero Mosquera) resolvió que:

> "SÉPTIMO.- Respecto al recurso de apelación presentado por la Procuraduría General del Estado (PGE), que consta a fojas 996 del expediente de instancia, el mismo es aún más escueto que el presentado por el Ministerio de Salud Pública, y se limita a decir: *"2. En lo principal, con fundamento en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interpongo recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal cuyo pedido de aclaración resuelve el 12 de mayo de 2015 a las 09h25, para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia."*. Aquí no existe ya ningún intento de fundamentación, por lo que este Tribunal simplemente no sabe cuál es el objeto de la apelación, qué exactamente impugna en el presente caso la PGE, pues no existe una crítica concreta y razonada de las partes del fallo de instancia que la PGE considere equivocadas; es por tanto aplicable a este recurso de la PGE lo antes conceptualizado respecto al recurso del Ministerio de Salud Pública, y en especial lo referido en el considerando sexto de esta sentencia.
>
> Por todo lo indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: A) No acepta los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Salud Pública ni por la Procuraduría General del Estado, toda vez en éstos no existe fundamentación alguna, ni se desprende de los mismos concreta o

exactamente, con qué parte o argumentos de la sentencia impugnada las instituciones apelantes no están de acuerdo y por qué, aspectos éstos que este Tribunal de apelación no puede suplir, dado que se refiere a determinar o no la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, tal como lo señala el objeto y ámbito de la acción de repetición en el artículo 67, en correlación con el artículo 73, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. B) Por otra parte, la PGE ha solicitado la aplicación del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil en correlación con la Disposición General Sexta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es la institución de la consulta al superior cuando las sentencias judiciales sean adversas a las instituciones del Estado; aplicación de tales artículos que son improcedentes, toda vez precisamente tanto el Ministerio de Salud Pública como la Procuraduría General del Estado han podido presentar sus respectivos recursos de apelación, y por tanto en forma alguna el Estado ha quedado en indefensión procesal. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.".

3.2.- El voto salvado concurrente (Dr. Pablo Tinajero Delgado) señala que:

"VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el presente voto salvado concurrente, en los siguientes términos: En lo principal, estoy de acuerdo con negar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Salud Pública y por la Procuraduría General del Estado, más sin embargo considero que en el literal b) de la parte resolutiva se debería mencionar que respecto a la sentencia de 2 de abril de 2015, emitida por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, tanto el Ministerio de Salud Pública como la Procuraduría General del Estado interpusieron oportunamente sus recursos de apelación; y, en virtud de que la Procuraduría General del Estado ha solicitado que paralelamente se aplique el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil que regula la consulta en caso de sentencias adversas a las instituciones del Estado, la misma queda resuelta en los mismos términos constantes en la presente sentencia. Notifíquese.-".

CUARTO.- La aclaración es un remedio procesal que sólo procede en circunstancias en que la sentencia fuere obscura. Revisada que ha sido la sentencia, este Tribunal de casación considera que ésta es clara, no se halla redactada en términos ininteligibles, de difícil comprensión o que establezca hechos dudosos. El peticionario no señala qué puntos de la misma supuestamente han sido redactados en términos obscuros o ininteligibles, sino que más bien pide explicaciones, de porqué este tribunal de la Corte Nacional de Justicia no procedió también (una vez que rechazó las apelaciones) "vía consulta" a resolver respecto a la sentencia impugnada, e incluso porque no analizó de oficio cierta documentación que constaba en el proceso de responsabilidad objetiva del estado anterior al presente proceso de repetición; pues según la PGE se tenía la obligación legal de así hacerlo conforme el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil (CPC) en concordancia con la Disposición General Sexta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Este criterio expuesto por la PGE es totalmente errado, por varias razones.

QUINTO.- Es errado, primeramente porque el artículo 337 del CPC, en concordancia con la Disposición General Sexta de la LOPGE, simplemente no son aplicables al caso aquí tratado, dado que los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia no somos jueces provinciales.

SEXTO.- Además, porque tales disposiciones se refieren a sentencias adversas al estado, lo cual no es el caso en los procesos de repetición. La PGE está confundiendo dos acciones y momentos procesales totalmente distintos: la acción especial por responsabilidad objetiva del estado, en la cual el Estado Ecuatoriano sí es el demandado y está sujeto a una sentencia condenatoria; y el proceso de repetición, en el cual, al contrario, el estado no es el demandado sino el actor, lo cual es cosa bien distinta, pues de haber sentencia condenatoria por la acción de repetición ésta no sería adversa contra el estado, sino más bien en el caso que nos ocupa contra los médicos involucrados y demandados.

SÉPTIMO.- También porque evidentemente los jueces nacionales de esta Sala somos eso: jueces nacionales de lo contencioso administrativo; y no abogados estatales que deben defender en apelación los intereses del estado, en las acciones que éste proponga como actor en los procesos de repetición; que son procesos especiales de conocimiento o declarativo, en cuyo desarrollo judicial en sede contencioso administrativa la máxima autoridad de la entidad pública accionante y la Procuraduría

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

General del Estado deberán demostrar la responsabilidad de las personas demandadas. Los demandados ejercen su derecho de defensa en contra de las pretensiones expuestas por los abogados estatales en la demanda y en el recurso de apelación propuesto (ellos no se defienden de los jueces nacionales). Efectivamente quienes debieron probar la supuesta responsabilidad de los médicos involucrados son dichas instituciones, pero de ninguna manera se puede esperar que, so pretexto de la institución de "la consulta", totalmente improcedente en un proceso de repetición, se dé algo tan absolutamente anómalo como que los jueces nacionales de lo contencioso administrativo que están juzgando el caso "coadyuven", conjuntamente con las instituciones públicas señaladas, a demostrar también la responsabilidad de los médicos demandados; ello contravendría un sinnúmero de principios y normas procesales y constitucionales sobre la tutela judicial efectiva de los derechos y las garantías básicas del debido proceso, bastando con señalar que no cabe duda alguna que la esencia misma del debido proceso implica que toda persona debe ser juzgada por un juez independiente e imparcial conforme el artículo 76 numeral 7 letra k) de la Constitución de la República.

OCTAVO.- Finalmente, y a mayor abundamiento, el propio artículo 256 del COGEP dispone que las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo.

RESOLUCIÓN: Por los razonamientos expuestos, se rechaza el pedido de aclaración presentado por la Procuraduría General del Estado ya que carece de fundamento.

Aunque el Dr. Pablo Tinajero Delgado realizó un voto salvado concurrente, firma la presente por obligación legal. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera. JUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2016

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 003-2016
Juicio nro. 123-2013

Impugnación del acto administrativo expedido por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas dentro del reclamo administrativo presentado por el Gerente General de la Compañía SEWI S.A. en contra del acta de determinación por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas correspondiente al período fiscal 2010

SÍNTESIS

Antonio Avilés San Martín, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3 de la Ley de Casación, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil; fallo que acepta la demanda propuesta por José Leopoldo González Del Pozo, Gerente General y representante legal de la Compañía SEWI S.A. y deja sin efecto la Resolución N° 109012013RREC060317 emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas y, en consecuencia, inválida el Acta de Determinación N° 920130100083 establecida por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas del período fiscal 2010.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia considera que el juez de instancia no ha determinado que hubo salida de divisas ni que se hayan configurado los casos en que se presume la misma, y que no consta de autos prueba alguna de que la Compañía SEWI S.A. haya realizado transferencias al exterior o pagos desde el exterior con cargo a las importaciones realizadas, por lo que no se configura el Impuesto a la Salida de Divisas, en cuya virtud los cargos imputados a la sentencia devienen en improcedentes. Por tales consideraciones no casa la sentencia y desecha el recurso interpuesto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 123-2013

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ESTADO.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
(RECURRENTE)

Quito, lunes 04 de enero del 2016, las 11h24.-

VISTOS: Composición del Tribunal: La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores Ana María Crespo Santos y José Luis Terán Suarez, Jueces Nacionales, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones N°s 02-2015, 01-2015 respectivamente de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Sentencia recurrida: El Econ. Antonio Avilés San Martín, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 30 de octubre del 2014 a la 08h18, expedida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 2013-0123, instaurado en contra de la Resolución N° 109012013082510 presentado en contra del acta de determinación N° 0920130100083 por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas del período fiscal 2010, y cuyo fallo aceptó la demanda deducida por la parte actora.

1.2.- Argumentos del recurrente: El recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación e indica que existe falta de aplicación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador así como del Art. 1 de la Resolución NAC-DGERCG09-00242. Manifiesta que el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador indica de forma clara y textual que necesariamente el Impuesto a la Salida de Divisas se causa en los casos de sociedades ecuatorianas que tienen como actividad la importación de bienes y que el Art. 1 de la Resolución NAC-DGERCG09-00242, reitera el criterio de que el Impuesto a la Salida de Divisas es un tributo que en el caso de los importadores se causa al momento de la nacionalización de los bienes. Señala que la lógica en relación a estas normas radica en que en ocasiones para la importación se requiere un desembolso de dinero al exterior y en consecuencia indistintamente de quien o desde donde se realice el pago, la ley establece al importador como sujeto pasivo del impuesto, lo cual ocurre en el presente caso al verificarse que la parte actora posee la calidad de importadora en función de las importaciones realizadas. Alega que de haber aplicado la Sala juzgadora las normas consideradas como infringidas se habría concluido que la Administración Tributaria al liquidar el Impuesto a la Salida de Divisas al importador en base a la presunción establecida en la ley, enmarcó su actuación dentro de los parámetros establecidos para considerar que dicho tributo efectivamente se causó. Finalmente indica que como consecuencia de la falta de aplicación de las normas en las que incurrió el Tribunal A quo se tomó una decisión que se contrapone a la norma expresa, señalando que no hubo salida de divisas a pesar de que la presunción legal que recae sobre los importadores es clara en establecer que el hecho generador se produce incluso con pagos realizados desde el exterior en casos de importadores, por lo que la decisión de la parte dispositiva del fallo ha sido afectada por el vicio alegado.

1.3. Admisibilidad: Mediante auto de admisión de 20 de noviembre de 2015 a las 10h46, el Dr. Darío Velástegui Enríquez Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, acepta el recurso planteado en base a la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación por los cargos planteados por el recurrente.

1.4.- Argumentos de la contestación al recurso: Concedido el recurso de casación la parte actora ha dado contestación en los siguientes términos: Que el fallo dictado por el Tribunal A quo cumplió con la aplicación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y que esta norma no se refiere a las formas de pago de los bienes importados y que la Resolución administrativa NAC-DGERCG09-00242 no puede prevalecer por sobre encima de la norma invocada. Señala que el hecho generador del Impuesto constituye la salida de divisas, cosa que no ha sucedido y tampoco se ha probado que se haya pagado desde el exterior los bienes importados. Solicita que no se case la sentencia recurrida. Pedidos los autos para resolver se considera:

II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES PREVIAS E IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A RESOLVER

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de conformidad con los artículos 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.2.- Validez: En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes, y no existe nulidad alguna que declarar.

2.3.- Determinación del problema jurídico a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso:

A) ¿La sentencia del Tribunal A quo incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente existir falta de aplicación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador que se relaciona con el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, así como del Art. 1 de la Resolución NAC-DGERCG09-00242 en cuanto al Impuesto de Salida de Divisas en las importaciones?.

III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1.- Consideraciones casacionales generales.- Previo a abordar el vicio denunciado por el recurrente, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características genera les de la casación planteándonos la

siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra Nociones Generales de Derecho Procesal Civil pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: *"Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio."*; así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación pág. 39, señala que: *"[...] 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 (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales."*. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica jurídica de un recurso extraordinario y formal en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 3 de la Ley de Casación cinco causales sobre las que se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que: *"El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia."*. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de Derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. (Ver. Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71). En consecuencia el recurso de casación busca el estricto cumplimiento de las normas a través del control de legalidad de las decisiones judiciales y vela por la unificación de los criterios judiciales a través de la jurisprudencia casacional.

3.1.1.- Identificación del problema jurídico: *El problema jurídico planteado en el punto 2.2 de la presente sentencia guarda relación con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva."*.

3.1.2.- El autor Tolosa Villabona Luis Armando, (Teoría y Técnica de Casación, Ed Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, páginas 257 y 359) en cuanto a la falta de aplicación de la ley sustancial señala que: *"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 haberle restado validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto.*

3.1.3. Hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia del Tribunal de instancia.- Como se ha indicado ut supra, cuando se alega la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se debe partir de los hechos considerados como probados por el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, es decir que no cabe una nueva consideración de los mismos, ya que los medios de prueba fueron analizados y apreciados por el Tribunal A quo, restando realizar el control de legalidad respectivo sobre la pertinencia de la norma a los hechos considerados como ciertos. Conforme el fallo recurrido en este se determinó: *"CUARTO.- [...] 4.4.) [...] De lo expuesto se colige con absoluta claridad que a través de este contrato, la*

compañía SEWI S.A., se obliga a pagar el valor de las importaciones a la Compañía con domicilio en Ecuador EXPORCREDITS S.A. " [...] *De lo manifestado se concluye que ambas (sic) peritos han coincidido con sus informes periciales, de que existieron desembolsos mediante cheques a la compañía EXPORCREDITS S.A., por parte de la compañía SEWI S.A., lo cual, a criterio de la Sala, corrobora el cumplimiento del contrato de compra de cartera suscrito por las mencionadas compañías, y que por lo tanto, bajo su amparo contractual, ocasionó que el valor correspondiente al pago de las facturas adeudadas por las importaciones realizadas, por la actora, no hayan requerido la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencia, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero, así como tampoco existe constancia de que se hayan realizado pagos desde el exterior con cargo a estas importaciones.".* "4.7) *Según lo determinado en el segundo inciso del Art. 259 del Código Tributario, le correspondía a la administración tributaria demostrar que la compañía actora realizó pagos al exterior por los cuales se obligaba al pago del impuesto a la salida de divisas, como sujeto pasivo, sin embargo de autos no consta prueba alguna de que la compañía SEWI S.A. haya realizado transferencias al exterior, así como tampoco se demuestra que haya realizado pagos desde el exterior con cargo a las importaciones realizadas, para que se aplique la presunción establecida en el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. Adicionalmente hay que señalar que al pretender cobrar este impuesto a la compañía actora, sería duplicar el mismo al momento que se remesen esas divisas al exterior, lo cual va en contra del espíritu de este impuesto que es de carácter monofásico.* [...]"

3.1.4.- Normas acusadas como infringidas dentro del recurso de casación.- El recurrente sostiene que existe falta de aplicación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y del Art. 1 de la Resolución NAC-DGERCG09-00242.

3.1.5.- Contenido material de las normas denunciadas.- Es importante citar el contenido de las normas consideradas como infringidas: *"Art. 156.- Hecho generador.- El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior. Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior. Se presumirá salida de divisas y por ende se causará este impuesto, en el caso de realizarse importaciones por personas naturales o sociedades ecuatorianas o domiciliadas en el país que tengan como actividad la importación y comercialización de los bienes que importen, cuando los pagos se generen desde el exterior. Toda importación de personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador se presume pagada con recursos que causen el Tributo en el Ecuador, aun cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior del importador o de terceros.". "Artículo 1.- El impuesto a la salida de divisas, en las importaciones a consumo pagadas total o parcialmente desde el exterior, se causará al momento de la nacionalización de los bienes. En los regímenes especiales aduaneros el impuesto se causará al momento del cambio de régimen a consumo. En el régimen particular o de excepción de tráfico postal internacional o correos rápidos regulado por Arancel Nacional de Importaciones el Impuesto a la Salida de Divisas no afectará las categorías A B y E; para las categorías C, D y F, el impuesto se causa al momento de la nacionalización. Para la introducción al país de bienes clasificados en el arancel nacional como "equipaje de viajero no exento de tributos" cuya nacionalización sea permitida por Sala Internacional de Pasajeros no se causa impuesto a la salida de divisas.".*

3.1.6.- Examen de si las normas denunciadas son subsumibles a los hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia de instancia: 3.1.6.1.- Esta Sala empezará mencionado que de conformidad a lo establecido en el Art. 16 del Código Tributario el hecho generador es el presupuesto establecido por la ley para configurar cada

tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria; entendido así este concepto, el criterio que ha mantenido esta Sala Especializada sobre el tema, es que el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, y adicionalmente el Art. 6 del Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas de la Ley, son por demás claros al determinar que el hecho generador del Impuesto de Salida de Divisas es y se produce llanamente en la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o **pagos de cualquier naturaleza** realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. **3.1.6.2.-** Dentro de este esquema es importante considerar dos aspectos: **el primero** en relación a que se entiende por divisas, para lo cual mencionamos lo que el Art. 1 del Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas vigente a la época indicaba: *"Art. 1.- Divisas: Para efectos de la aplicación de este impuesto entiéndase por divisa cualquier medio de pago, cifrado en una moneda, aceptado internacionalmente como tal"*. y **el segundo** respecto a que el hecho generador *a priori* conforme los artículos invocados vincula directamente al cumplimiento de obligaciones de cualquier naturaleza. **3.1.6.3.-** Ahora bien como podemos observar de conformidad con el contenido del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, el hecho generador de este impuesto se condiciona a: **1)** cuando se ocasione per se la mera salida de divisas al exterior por cualquier concepto, **2)** Cuando se presuma la salida de divisas cuando se realicen importaciones y los pagos se generen desde el exterior y **3)** aun cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior del importador o de terceros y, de conformidad al contenido del Art. 1 de la Resolución N° NAC-DGERCG09-00242, el impuesto a la Salida de divisas se causará en: **1)** las importaciones a consumo pagadas total o parcialmente desde el exterior al momento de la nacionalización de los bienes, **2)** En los regímenes especiales aduaneros al momento del cambio de régimen a consumo, **3)** en el régimen particular o de excepción de tráfico postal internacional o correos rápidos al momento de la nacionalización y **4)** Para la introducción al país de bienes clasificados en el arancel nacional como equipaje de viajero no exento de tributos cuya nacionalización es permitida por la Sala internacional no se causa impuesto a la Salida de Divisas. **3.1.6.4.-** Esta Sala Especializada observa que el Tribunal A quo no ha establecido que existió Salida de Divisas, ni se han configurado los casos en que se presume la misma, tal es así que el hecho probado por la Sala de instancia es que de autos no consta prueba alguna de que la compañía SEWI S.A. haya realizado transferencias al exterior, así como tampoco se demuestra que haya realizado pagos desde el exterior con cargo a las importaciones realizadas, por lo que no se configura el Impuesto a la Salida de Divisas, entonces los cargos de falta de aplicación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y del Art. 1 de la Resolución NAC-DGERCG09-00242, no son subsumibles a los hechos considerados como ciertos por el Tribunal de instancia, por lo tanto los cargos devienen en improcedentes, sin que se haya configurado la causal primera invocada por el recurrente.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** expide la siguiente:

SENTENCIA

No se casa la sentencia y por lo tanto se desecha el recurso de casación interpuesto. Sin costas. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal N° 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

II

Resolución nro. 006-2016
Juicio nro. 457-2014

Impugnación del Acta de Determinación por Impuesto a los Consumos Especiales del año 2009, incoada por Fausto Gavilanes Freire, Gerente General de la Compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA., PROALCO en contra del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas

SÍNTESIS

El Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil; fallo que declara con lugar la demanda y, en consecuencia, la invalidez del acto administrativo contenido en el Acta de Determinación N° 0920120100188 por Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) del año 2009, dentro del juicio propuesto por Fausto Gavilanes Freire, Gerente General de la Compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA., PROALCO en contra del recurrente.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia considera que se ha configurado el vicio alegado por el casacionista, el que ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo recurrido, pues el juez de instancia ha otorgado un sentido diferente al espíritu del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno," ... desconociendo la obligación al cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador..." y ha trastocado el sentido de dicha norma jurídica que señala con claridad que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumidor final pague por tal adquisición al detal en el mercado y que deberá portarse en las etiquetas de los bienes gravados con ICE. En tal virtud, casa la sentencia y declara la legitimidad y validez jurídica del acto administrativo impugnado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 457-2014

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, martes 5 de enero del 2016, las 10h32.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia dictada el 15 de agosto del 2014, a las 11h26, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario Nº 2, con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación Nº 09504-2012-0132, deducido por la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CIA. LTDA. PROALCO, en contra del Acta de Determinación Nº 0920120100188 De 29 de octubre de 2012, emitida por el Director Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2009.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 9 de septiembre de 2014, el casacionista se fundamentó en la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, debido a la errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno. La compañía PROALCO

también interpuso recurso de casación, sin embargo no fue admitido por la Sala de Conjueces mediante auto de fecha 12 de mayo del 2015, a las 11h43.

1.1.1.- Con relación a la causal primera al alegar "la errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI", cuando fundamenta el vicio dice lo siguiente: *"(...) Como se puede observar de la lectura de las partes transcritas de la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, la ley manda que la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales se calcula de acuerdo al precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador. La norma no distingue entre el sujeto pasivo que vende a consumidores finales y el que vende a distribuidores, pues la base imponible, como claramente lo establece, se calcula de acuerdo al precio de venta al público sugerido y así lo expresa de modo general. En consecuencia, la norma no indica bajo ningún concepto que únicamente el importador que vende a consumidores finales debe cumplir con sugerir el precio de venta al público de los productos que comercializa para efectos del cálculo de la base imponible del ICE. (...) La base imponible del ICE se calcula de acuerdo a los precios de venta al público sugeridos por los fabricantes o importadores. En el caso que nos ocupa, el sujeto pasivo (el importador) no presentó listado de precios de venta al público sino precios de venta a distribuidores. Al no cumplir con el mandato establecido en el artículo 76 de la LTRI, la Administración Tributaria pasó a determinar la base imponible del ICE (período de enero a diciembre de 2009) utilizando, de conformidad con los artículos 91 y 96 del Código Tributario, información de terceros que permita suplir la carencia producto de la falta de cumplimiento del sujeto pasivo. Por lo tanto, el procedimiento empleado por la autoridad fiscal para determinar el ICE en este caso particular se encuentra plenamente justificada y respaldada por el marco jurídico establecido, en primer lugar en la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI y, adicionalmente, en la facultad determinadora, la misma que se encuentra definida en el artículo 68 del Código Tributario. En conclusión, al no existir información sobre el precio de venta al público sugerido por el contribuyente, de conformidad con una correcta interpretación de la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, la Administración se vio compelida a obtener dicha información a través de un proceso determinativo, dentro del cual, en estricto ejercicio de su facultad determinadora, requirió la información, quienes si proporcionaron los datos necesarios para el cálculo de la base imponible y la determinación del impuesto materia de la presente controversia. Tal como se observa de la lectura de la parte de la sentencia transcrita al inicio del presente acápite (considerando DÉCIMO PRIMERO del fallo recurrido), la Sala juzgadora mantiene el errado criterio, no sólo de que el procedimiento de la Administración Tributaria ha sido "arbitrario" e "ilegal", sino que la obligación contenida en el artículo 76 de la LRTI "debe ser aplicable en los casos en que el importador haya vendido a los consumidores finales". Esta interpretación de la norma contenida en el artículo 76 de la LRTI es errónea porque no es congruente con el artículo 13 del Código Tributario, norma que establece de forma clara que "las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido, técnico o usual, según proceda...". La noción plasmada sobre estas líneas con respecto a la interpretación de las normas jurídicas guarda relación con las reglas primera y segunda del artículo 18 del Código Civil, la primera regla es la que indica que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" y la segunda señal "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...". En consecuencia, la interpretación realizada por la Sala Juzgadora es errónea, pues, aún ante el tenor literal y claro de la norma de derecho que hemos señalado como infringida, señala que para el importador que no vende a consumidores finales no es aplicable la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, aseveración que no es correcta, pues la norma no establece distinción de ningún tipo. A la vez, la Sala califica de "ilegal" y "arbitrario" el procedimiento de la autoridad fiscal, cuando éste responde justamente a la carencia provocada por el propio sujeto pasivo al no presentar los precios de venta al público que constituyen la base imponible del ICE. Así, como ya mencionamos en párrafos anteriores, la Administración Tributaria lo que hizo fue aplicar el artículo 76 de la LRTI ejerciendo la facultad determinada establecida en el artículo 68 del Código Tributario, requiriendo información a terceros de acuerdo a los artículo (sic) 91 y 96 ibídem. (...) Con lo mencionado sobre estas líneas, dejamos constancia expresa de que el vicio alegado ha sido concluyente para que la Sala juzgadora resuelva en el sentido de declarar con lugar la demanda, pues, como ya explicamos a lo largo de la presente fundamentación, de haber adoptado una correcta interpretación de la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, el juzgador habría notado que la ley no distingue entre sujetos*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pasivos, sino que manda que todos ellos elaboren el listado ***de precios de venta al público*** *para configurar la base imponible del impuesto. Al interpretar de otra manera la norma, el juzgador en sentencia ha incurrido en el grave error de permitir que el sujeto pasivo calcule su valor a pagar del ICE con relación a una base imponible que no es la expresamente establecida en la ley".*

1.2.- *En consideración al auto de fecha 27 de febrero de 2015, a las 09h13, la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del Recurso en referencia, exclusivamente el recurso de la Administración Tributaria, por el cargo formulado por errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI al amparo de la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación; y ordenó correr traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el Art. 13 de la Ley de Casación. Se indica que el recurso de casación interpuesto por el Sr. Fausto Manuel Gavilanes Freire, en calidad de Gerente General de la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO fue calificado de inadmisible mediante auto de fecha 12 de mayo del 2015, a las 11h43, por falta de legitimación para presentar el recurso, en los términos descritos en el Art. 4 de la Ley de Casación, esto es por no tener la calidad de agraviado.*

1.3.- *Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) NOVENO.- En cuanto a las impugnaciones al procedimiento e información utilizados por la administración Tributaria para establecer la base imponible del ICE, esta Sala realiza el siguiente análisis: El Art.75 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece el Impuesto a los Consumos Especiales con el objeto de gravar el consumo de los bienes y servicios señalados en el Art. 82 de la Ley de Régimen Tributario Interno; de acuerdo con el Art. 78 de la misma Ley, el hecho generador en el caso de bienes importados constituye la nacionalización; y el Art. 80 designa como sujeto pasivo del mencionado tributo al importador de los bienes gravados. De acuerdo con la doctrina, este impuesto forma parte de los denominados impuestos indirectos al consumo, que tienen como rasgos característicos que su importe pueda sea trasladado al consumidor final, sin causar gravamen a los intermediarios (neutralidad). La controversia en esta parte de la Litis se concreta a la forma de establecer la base imponible del mencionado tributo, para lo cual es necesario analizar el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y que para el año 2009; su primer inciso tenía el siguiente tenor: "La base imponible de los productos sujetos al ICE, de producción nacional o bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE, o con base en los precios referentes que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valórem que se establecen en esta Ley. Al 31 de diciembre de cada año o cada vez que se introduzca una modificación al precio, los fabricantes o importadores notificarán al Servicio de Rentas Internas la nueva base imponible y los precios de venta al público sugeridos para los productos elaborados o importados por ellos". De la revisión del primer inciso, se constata que la Ley preveía dos mecanismos para establecer la base imponible: a) el precio de venta al público sugerido por el fabricante o el importador menos el IVA o el ICE; y, b) Los precios referenciales fijados anualmente por el Director General del Servicio de Rentas Internas. El segundo inciso de la norma citada señalaba: "La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio ex-fábrica o ex-aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria". Art. 13 del Código Tributario señala: "Art. 13.-Interpretación de la ley.- Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica. Las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente. Cuando una misma ley tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación. En el año 2009 la autoridad tributaria no fijó los precios referenciales para los productos importados, por lo que el mecanismo aplicable para ese ejercicio económico, fue el precio de venta sugerido por el importador o fabricante, que se encontraba desarrollado en el primer inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que*

se limitaba a imponer al importador o fabricante la obligación de "sugerir" un precio de venta al público, término que al no estar expresamente definido en la Ley, debe ser considerado conforme al uso común, es decir, debe considerarse como un "consejo o una sugerencia " que hace el importador para que se venda el producto al consumidor final. Dado la característica de una simple recomendación que debe hacer el sujeto pasivo del ICE con el objeto de establecer la base imponible del ICE, es que el segundo inciso de la norma citada establece una única limitación al señalar que base imponible mínima corresponderá al " precio ex fábrica o ex aduana incrementando en un 25% de margen presuntivo de comercialización", lo que ha sido reconocido en el acta de determinación como la que efectivamente pagó la empresa actora al efectuar la desaduanización de los bienes gravados.

(...) DÉCIMO PRIMERO.- La obligación tributaria se define en el Art. 15 del Código Tributario como: "el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una presentación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley". En la especie obran los informes periciales en los que consta que la empresa actora vendió los productos gravados con ICE a terceros independientes (en el año 2009 tuvo 1.853 clientes de los cuales Corporación La Favorita fue el principal con el 11,24% del total de ventas), quienes establecieron el precio de venta de los productos, sin que exista en el proceso constancia que la empresa actora se haya beneficiado de la recaudación que esos terceros obtuvieron al vender al precio por ellos fijado; en ese sentido, esta Sala ratifica que la relación jurídico tributaria por el pago del ICE, se genera entre el Estado y los importadores, sin que respecto de los demás intermediarios se genere obligación alguna, ni siquiera como obligado económico (contribuyente de hecho). Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional (Resolución 221, Registro Oficial Suplemento 786 de 11 de Septiembre del 2012) y la Corte Suprema de Justicia Expediente 167, Registro Oficial 569, 14 de Abril del 2009). Más aún, esta Sala considera que el proceso usado en el acta de determinación impugnada de establecer la base imponible del ICE utilizando una ponderación de los precios cobrados por terceros independientes, deviene en arbitrario e ilegal, pues no cabe que se atribuya responsabilidad tributaria a la empresa actora, respecto de actuaciones realizadas por terceros independientes, menos aún en el caso que la propia Ley limitó al importador a que sugiere, recomiende o insinúe un precio de venta a los consumidores finales, sin dotarle ni con parámetros objetivos para tal fin y menos aún con medios coercitivos para lograr que se cumpla tal sugerencia, por lo que esta Sala concluye que la obligación prevista en el segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno debe ser aplicable en los casos en que el importador haya vendido a los consumidores finales; en esa mismo sentido, debe considerarse la obligación del importador de incluir el precio sugerido en la etiqueta del producto, pues en concordancia con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Defensa del Consumidor, es el proveedor como la persona o entidad que vende al consumidor la que tiene la obligación de dar a conocer el precio final de los productos o servicios que transfieren, sin embargo, en el caso de la empresa actora ha quedado demostrado que la empresa actora no actuó como proveedora, sino que efectuó ventas únicamente a mayoristas o intermediarios por lo que tampoco estaba obligada a incluir en las etiquetas precios de venta al público sugeridos. Finalmente la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso No. 149-2012, presentado por el Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia expedida por esta cuarta sala el 16 de enero del 2012, dentro del juicio de impugnación No. 0164-2010, incoado por la compañía actora, resolvió rechazar el mencionado recurso de casación señalado en su parte pertinente lo siguiente: "Esta sala reconoce que la administración tributaria está facultada a utilizar información de terceros para efectos de ejercer su facultad determinadora, sin embargo la norma es clara y expresa en señalar que la información de terceros debe tener relación con la actividad gravada y el hecho generador del sujeto pasivo en este caso del importador, por lo que mal puede afirmar que las ventas de terceros (distribuidores) hacia otros terceros (consumidores finales) tienen relación alguna con la primera etapa, de comercialización de la compañía PROALCO, pues éstas son posteriores e independientes, una vez transferido el producto desde su importación. De lo expuesto se evidencia una errónea interpretación del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno...".

II. JURISPRUDENCIA Y COMPETENCIA

2.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente Recurso de Casación, en virtud de las Resoluciones N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones N° 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el

Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a foja 15 del proceso y en atención a lo previsto en los Art. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando en autos para resolver, se considera.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Previamente a señalar el cargo imputado, es pertinente indicar que el proponente del Recurso de Casación ha fundamentado su pedido en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentando que ha existido errónea interpretación de norma de derecho, el cual fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia atacada, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL PRIMERA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual se relaciona con la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales (ICE).

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El Recurso de Casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante, por medio de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la errónea interpretación de norma de derecho, el cual ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia atacada, señalada en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente:

- **LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO**

Art. 76.- Base imponible.- *La base imponible de los productos sujetos al ICE, de producción nacional o bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE o con base en los precios referentes que mediante Resolución establezca anualmente el Director General de Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valorem que se establecen en esta Ley. Al 31 de diciembre de cada año o cada vez que se introduzca una modificación al precio, los fabricantes o importadores notificarán al Servicio de Rentas Internas la nueva base imponible y los precios de venta al público sugeridos para los productos elaborados o importados por ellos.*

La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los Bienes gravados con el ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio ex-fábrica o ex-aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria.

Se entenderá como precio ex–fábrica al aplicado por las empresas productoras de bienes gravados con ICE en la primera etapa de comercialización de los mismos. Este precio se verá reflejado en las facturas de venta de los productores y de entenderán incluidos todos los costos de producción, los gastos de venta, administrativos, financieros y cualquier otro costo o gasto no especificado que constituya parte de los costos y gastos totales, suma a la cual se deberá agregar la utilidad marginada de la empresa.

El precio ex–aduana es aquel se obtiene de la suma de las tasas arancelarias, fondos y tasas extraordinarias recaudadas por la Corporación Aduanera Ecuatoriana al momento de desaduanizar los productos importados, al valor CIF de los bienes.

El precio de venta al público es el que el consumidor final pague por la adquisición al detal en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con este impuesto. Los precios de venta al público serán sugeridos por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con el impuesto, y de manera obligatoria se deberá colocar

en las etiquetas. En el caso de los productos q no posean etiquetas como vehículos, los precios de venta al público sugeridos serán exhibidos en un lugar visible de los sitios de venta de dichos productos.
Para las bebidas alcohólicas de elaboración nacional excepto la cerveza, la base imponible por unidad de expendio y únicamente para el cálculo del ICE, constituirá el "valor unitario referencial", que se determinará multiplicando el valor referencial en dólares de los Estados Unidos de América por litro de alcohol absoluto que corresponda a la categoría del producto, establecido mediante Resolución de carácter general emitida por el Director General del Servicio de Rentas Internas, por el volumen real expresado en litros y multiplicado por el grado alcohólico expresado en la escala Gay Lussac, que conste en el registro sanitario otorgado al producto, dividido para cien.
El valor referencial por categoría de producto se ajustará anual y acumulativamente en función de la variación anual del Indice de Precios al Consumidor Urbano (IPCU) para el subgrupo de bebidas alcohólicas, a noviembre de cada año, elaborado por el instituto Nacional de Estadística y Censos, INEC. Los nuevos valores serán publicados por el Servicio de Rentas Internas en el mes de diciembre y regirán desde el primero de enero del año siguiente.
El ICE no incluye el impuesto al valor agregado y será pagado respecto de los productos mencionados en el artículo precedente, por el fabricante o importador en una sola etapa.
La base imponible sobre la que se calculará y cobrará el impuesto en el caso de servicios gravados, será el valor con el que se facture, por los servicios prestados al usuario final excluyendo los valores correspondientes al IVA y al ICE.
La base imponible sobre la que se calculará y cobrará el impuesto por los servicios de casinos, salas de juego (bingo – mecánicos) y otros juegos de azar, corresponderá al valor de las fichas u otros medios utilizados para las apuestas.
***5.2.1.-** En consideración a la causal primera alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 1 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: "1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;". Está causal tiene como limitante la revalorización de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la Sentencia. Dicha causal, tienen relación con lo que se denomina vicios in iudicando por lo que debe demostrar la violación directa de normas sustantivas. Esta demostración, para que se haga efectiva, implica delimitar los cargos imputados, con precisión y exactitud, por cualquiera de los tres modos establecidos, ya sea por: a) Aplicación indebida; b) Falta de aplicación; y, c) Errónea interpretación de normas de derecho sustantivas, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, tres cargos que son excluyentes del análisis de un mismo atributo, respecto a la misma norma impugnada. Para Manuel Tama es importante diferenciar entre "ignorancia" y "error", para así determinar con mayor asidero e ilustración y llegar a identificar si el juzgador, actuó por negligencia o desconocimiento de una cosa o situación, enmarcándose en ignorancia; o si en su defecto, ocasionó su actuar una disconformidad de las ideas con la realidad o con la verdad de los hechos, evidenciándose un error, el mismo que puede consistir en los cargos descritos por el recurrente.*
*5.2.1.1.- Respecto de la alegación efectuada por la recurrente sobre la **"errónea interpretación"** del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Esta Sala Especializada considera pertinente efectuar algunas puntualizaciones sobre el impuesto a los consumos especiales ICE las cuales permitirán determinar si efectivamente existió o no la errónea interpretación que alega el casacionista en su escrito. El impuesto a los consumos especiales es monofástico; es decir, graba a una sola etapa que puede ser al momento de la producción, comercialización, distribución entre otras; la intención del legislador al crear este impuesto fue de manera esencial para la producción de determinados bienes considerados perjudiciales para la salud o en otros casos, como suntuarios y que en relación con ellos, se pretende disminuir su consumo. Para Alberto Baldo citado por Álvaro Mejía Salazar en su obra Diccionario de Derecho Tributario, quien manifiesta: "El impuesto sobre determinados consumos es un subgrupo del género de la imposición indirecta sobre el gasto o consumo, teniendo como elemento diferenciador de estos, el presupuesto objetivo elegido por el legislador". Ahora bien, el presupuesto objetivo elegido por el legislador en relación con este impuesto de naturaleza especial, es en relación con los bienes de producción nacional cuando se efectúa la transferencia de domino de la mercadería ya sea a título oneroso o gratuito y en el caso de las importaciones cuando se desaduanizan los bienes importados y grabados con este impuesto. Una vez establecida la naturaleza, el concepto, alcance y hecho generador de este tributo, es necesario enfocarnos a la materia jurídica puesta en conocimiento de este Tribunal de Casación, el cual es la errónea interpretación de la configuración de la*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

base imponible para el caso de bienes importados y gravados con este impuesto conforme lo señala el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Como primer punto se establece lo que el casacionista indicó: "(...) La base imponible del ICE se calcula de acuerdo a los precios de venta al público sugeridos por los fabricantes o importadores. En el caso que nos ocupa, el sujeto pasivo el (importador) no presentó listado de precios de venta al público si no precios de venta a distribuidores. Al no cumplir con el mandato establecido en el artículo 76 de la LRTI, La Administración Tributaria pasó a determinar la base imponible del ICE (periodo de enero a diciembre de 2009) utilizando, de conformidad con los artículos 91 y 96 del Código Tributario, información de terceros que permita suplir la carencia producto de la falta de cumplimiento del sujeto pasivo. Por lo tanto, el procedimiento empleado por la autoridad fiscal para determinar el ICE en este caso particular se encuentra plenamente justificada y respaldada por el marco jurídico establecido, en primer lugar en la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, y, adicionalmente, en la facultad determinadora, la misma que se encuentra definida en el artículo 68 del Código Tributario. En conclusión, al no existir información sobre el precio de venta al público sugerido por el contribuyente, de conformidad con una correcta interpretación de la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI, la Administración se vio compelida a obtener dicha información a través de un proceso determinativo, dentro del cual, en estricto ejercicio de su facultad determinadora, requirió la información de terceros, quienes sí proporcionaron los datos necesarios para el cálculo de la base imponible ya la determinación del impuesto materia de la presente controversia. Tal como se observa de la lectura de la parte de la sentencia transcrita al inicio del presente acápite (considerando DÉCIMO PRIMERO del fallo recurrido), la Sala juzgadora mantiene el errado criterio, no sólo de que el procedimiento de la Administración Tributaria ha sido "arbitrario" e "ilegal", sino que la obligación contenida en el artículo 76 de la LRTI "debe ser aplicable en los casos en que el importador haya vendido a los consumidores finales". (...) ". Se procede a señalar lo que la Sala A quo estableció en su fallo: "(...) En el año 2009 la autoridad tributaria no fijó los precios referenciales para los productos importados, por lo que el mecanismo aplicable para ese ejercicio económico, fue el precio de venta sugerido por el importador o fabricante, que se encontraba desarrollado en el primer inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que se limitaba a imponer al importador o fabricante la obligación de "sugerir" un precio de venta al público, término que al no estar expresamente definido en la Ley, debe ser considerado conforme al uso común, es decir, debe considerarse como un "consejo o una sugerencia" que hace el importador para que se venda el producto al consumidor final. Dado la característica de una simple recomendación que debe hacer el sujeto pasivo del ICE con el objeto de establecer la base imponible del ICE, es que el segundo inciso de la norma citada establece única limitación al señalar que base imponible corresponderá al " precio ex fábrica o ex aduana incrementado en un 25% de margen presuntivo de comercialización", lo que ha sido reconocido en el acta de determinación como la que efectivamente pago la empresa actora al efectuar la desaduanización de los bienes grabados.(...) DECIMO PRIMERO.- (...) Más aún esta Sala considera que el proceso usado en el acta de determinación impugnada de establecer la base imponible del ICE utilizando una ponderación de los precios cobrados por terceros independientes, deviene en arbitrario e ilegal, pues no cabe que se atribuya responsabilidad tributaria a la empresa actora, respecto de actuaciones realizadas por terceros independientes, menos aún en el caso que la propia Ley limitó al importador a que sugiera, recomiende o insinúe un precio de venta a los consumidores finales, sin dotarle ni con parámetros objetivos para tal fin y menos aún con medios coercitivos para lograr que se cumpla tal sugerencia, por lo que esta Sala concluye que la obligación prevista en el segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno debe ser aplicable en los casos en que el importador haya vendido a los consumidores finales; en este mismo sentido ,debe considerarse la obligación del importador de incluir el precio sugerido en la etiqueta del producto, pues en concordancia con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Defensa del Consumidor, es el proveedor como la persona o entidad que vende al consumidor la que tiene la obligación de dar a conocer el precio final de los productos o servicios que transfieren, sin embargo, en el caso de la empresa actora ha quedado demostrado que la empresa actora no actuó como proveedora, si no que efectuó ventas únicamente a mayoristas o intermediarios por lo que tampoco estaba obligada a incluir en las etiquetas precios de venta al público sugeridos. (...)" En consideración a lo expresado por el casacionista y el fallo de instancia, se inicia el respectivo análisis y se señala que el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece la base imponible del ICE y su debida construcción ya sea para los bienes de producción nacional o bienes

importados, situación que debe ser entendida de manera completa, por cuanto en el referido artículo se prevé varias normas con respecto a esto y sobre sin olvidar la intención del legislador que se orientó a la disminución del consumo de bienes nocivos para la salud, como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas incluida la cerveza, entre otros, los cuales se encuentran gravados con este tributo; para el caso que nos atañe sobre la configuración de la base imponible para bienes importados, la norma jurídica ha establecido: " la base imponible (...) de bienes importados se terminará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador ,menos el IVA y el ICE o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad – valorem que se establecen en esta Ley. (...) La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes grabados con el ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio ex - fábrica o ex – aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria. (...) El precio de venta al público es el que el consumidor final pague por la adquisición al detal en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con este impuesto. Los precios de venta al público serán sugeridos por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con el impuesto y de manera obligatoria se deberá colocar en las etiquetas. En los casos de los productos que no poseen etiquetas como vehículos, los precios de venta al público sugeridos serán exhibidos en un lugar visible de los sitios de venta de dichos productos. (...)" (El subrayado es de la Sala). Por lo que se refiere al artículo citado cabe puntualizar que para el año 2009el Servicio de Rentas Internas no emitió la lista de precios referenciales y en este orden de cosas, queda de manera clara que la única forma de determinar la base imponible para bienes importados, es por medio de los precios de venta al público que sugiera el importador o fabricante menos el IVA y el ICE, por lo que con esta estructura de base imponible se justifica el alcance del precio de venta al público, el cual deberá ubicarse de manera obligatorias en las etiquetas de los productos gravados con ICE. El legislador al establecer de esta manera la base imponible para bienes importados fue principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al que el importador fije, porque éste constituyente el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos. Luego de efectuar el concerniente análisis se ha evidenciado que la Sala A quo incurrió en el error contentivo en la causal primera, referente a la errónea interpretación de norma de derecho descrita por el casacionista, vicio que afectó en gran manera en la parte dispositiva de la sentencia recurrida y por tanto, se emitió un fallo con una evidente errónea interpretación de la norma ya analizada y descrita en todo este numeral. En definitiva, esta Sala Especializada considera que se ha configurado de manera plena la errónea interpretación de norma de derecho, porque los juzgadores de la Sala A quo dieron un sentido diferente al espíritu de la norma jurídica contemplada en el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, desconociendo la obligación a cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador por tanto trastocaron el sentido de la norma jurídica, que claramente ha señalado que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumir final efectúe por tal adquisición al detal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes grabados con ICE. Por las consideraciones y exposiciones antes señaladas, se ha constituido el vicio de errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario que fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia, situación que ha configurado plenamente la causal primera de la Ley de Casación.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera, que se ha configurado la causal alegada por el recurrente.

6.2.- Por los fundamentos expuestos, 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:

VII. SENTENCIA

7.1.- CASAR la sentencia dictada el 15 de agosto del 2014, a las 11h26, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario Nº 2, con sede en Guayaquil, en los términos señalados en los Considerando V de esta Sentencia.

7.2.- DECLARAR la legitimidad y valides jurídica del Acta de Determinación Nº 0920120100188 de 29 de octubre de 2012, emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2009.

7.3.- Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora Ab. Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal Nº 6037-DNDH-2015-KP.

7.4.- Sin costas.

7.5.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suarez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

VOTO DE MAYORÍA

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito, vistos 5 de febrero del 2016, las 12h24

VISTOS: (0457-2014) Aclaración de la sentencia emitida por esta Sala el día martes, 5 de enero del 2016, a las 10h32, que casó la sentencia de fecha 15 de agosto del 2014, a las 11h26, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario Nº 2, con sede en Guayaquil y declaró la legitimidad y validez jurídica del Acta de Determinación Nº 0920120100188 de 29 de octubre de 2012, emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, por concepto del impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2009. La compañía actora por intermedio de su abogado patrocinador dentro del término legal solicita su aclaración. Para resolver se considera: **1.-** El Art.274 primer inciso del Código Tributario indica: *"La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre multas, intereses o costas"*. **2.-** En tal virtud, el derecho de corrección que hace el juez, de oficio o a petición de parte, relativo al texto de una sentencia o resolución judicial, prosperará cuando los términos de un auto o de una sentencia sean oscuros, ambiguos o contradictorios, situación que se enmarca en la aclaración y si se formulase de manera idónea que el juzgador omitió resolver sobre algún punto controvertido, se referirá a la ampliación del fallo. **3.-** La compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO solicita se aclare el fallo, argumentando lo siguiente: *"(...)* ***a)*** *Considerando que esta H. Sala ha señalado que el proceso de determinación realizado por el SRI para establecer la base imponible del ICE ha cumplido con los preceptos del Art. 91 del Código Tributario, y considerando que la Corte Nacional de Justicia en varios fallos sobre el establecimiento de la base imponible del ICE ha sostenido que para utilizar información de terceros, éstos deben realizar la misma actividad económica del sujeto pasivo objeto de la auditoría, solicito que se sirva aclarar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016, señalando los preceptos jurídicos que se habrían aplicado a la misma, para validar que la información de terceros que realizan una actividad económica distinta a la de PROALCO (lo cual fue constatado por el tribunal inferior en su fallo y que no ha sido objeto de casación) es admisible para establecer las diferencias a cargo de PROALCO.* ***b)*** *Una vez que se dé contestación a la aclaración solicitada en el párrafo anterior, solicito se sirva aclarar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016 indicando cuáles son los preceptos jurídicos que viabilizan que la "ponderación" de precios realizada por el SRI de las empresas COMERC. Y COMISARIATO ECONÓMICO COMIDEC, CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. Y CORPORACIÓN FAVORITA C.A., para determinar la base imponible del ICE a cargo de PROALCO; pues esta H. Sala ha manifestado que: "Por lo tanto, el procedimiento empleado por la autoridad fiscal para determinar el ICE en este caso particular se encuentra plenamente justificada y respaldada por el marco jurídico establecido en primer lugar en la norma de derecho contenida en el artículo 76 de la LRTI y adicionalmente, en la facultad determinadora, la misma*

*que se encuentra definida en el artículo 68 del Código Tributario". **c)** una vez q se de contestación a la aclaración solicitada en el párrafo anterior, solicito que sirvan aclarar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016, señalando cuáles son los preceptos jurídicos que autorizan a que la " sugerencia de precios reales que debe realizar el importador" debe convertirse en un precio obligatorio que debe ser respetado por todos los adquirientes de los productos gravados con el ICE, tanto más que existe libre fijación de precios establecida en la Ley Orgánica de defensa del Consumidor y ratificada por el Código Orgánico de la Producción. **d)** Que se considerando (sic) el objetivo integrador de la jurisprudencia de casación, se sirva ampliar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016, indicando si la correcta interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno implica que en los casos en que terceros independientes hayan venido al consumidor final los bienes gravados con el ICE por encima del precio sugerido por los importadores, estos últimos deban ser compelidos a pagar las diferencias del tributo resultante.". **4.-** Agréguese el escrito presentado en fecha 14 de enero de 2016 por el Servicio de Rentas por intermedio de su Procuradora Fiscal quien manifiesta: "(...) Por lo expuesto resulta evidente que la parte actora debe estar a la decisión final de la Sala, dado que el hecho de que no se encuentre conforme con la decisión del referido órgano jurisdiccional no amerita que la parte actora solicite que una sentencia que se encuentra motivada y que es clara en su contenido, necesite ser aclarada."* **5.** En relación al pedido de la aclaración efectuado por la parte actora, se manifiesta que la sentencia de fecha 5 de enero del 2016, a las 10h32 dictada por esta Sala Especializada, consideró en forma clara y razonada, los argumentos y requerimientos que el actor ha esgrimido en su petitorio como no claros, por lo mismo es menester traer a colación lo que en su momento se manifestó y consta de la sentencia antes aludida y emitida por este Tribunal de Casación. A fs. 40 vuelta 42 vuelta del cuadernillo de casación y 10 a 14 de la sentencia se muestra el análisis que en estricto derecho se efectuó, estableciéndose lo siguiente: *"(...) En consideración a lo expresado por el casacionista y el fallo de instancia, se inicia el respectivo análisis y se señala que el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece la base imponible del ICE y su debida construcción ya sea para los bienes de producción nacional o bienes importados, situación que debe ser entendida de manera completa, por cuanto en el referido artículo se prevé varias normas con respecto a esto sobre todo sin olvidar la intención del legislador que se orientó a la disminución del consumo de bienes nocivos para la salud, como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas incluida la cerveza, en otros, los cuales se encuentran gravados con este tributo. (...) Por lo que se refiere al artículo citado cabe puntualizar que para el año 2009 el Servicio de Rentas Internas no emitió la lista de precios referenciales y en este orden de cosas, queda de manera clara que la única forma de determinar la base imponible para bienes importados, es por medio de los precios de venta al público que sugiera el importador o fabricante menos el IVA y el ICE , por lo que con esta estructura de base imponible se justifica el alcance del precio de venta al público, el cual deberá ubicarse de manera obligatoria en la etiquetas de los productos gravados con ICE. El legislador al establecer de esta manera la base imponible para bienes importados fue principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al que el importador fije, porque este constituye el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos. Luego de efectuar el concerniente análisis se ha evidenciado que la Sala A quo incurrió en el error contentivo en la causal primera, referente a la errónea interpretación de norma de derecho descrita por el casacionista, vicio que afectó en gran manera en la parte dispositiva de la sentencia recurrida y por tanto, se emitió un fallo con una evidente errónea interpretación de la norma ya analizada y descrita en todo este numeral. En definitiva, esta Sala Especializada considera que se ha configurado de manera plena la errónea interpretación de norma de derecho, porque los juzgadores de la Sala A quo dieron un sentido diferente al espíritu de la norma jurídica contemplada en el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, desconociendo la obligación al cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador y por tanto trastocaron el sentido de la norma jurídica que claramente ha señalado que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumir final efectúe por tal adquisición al de tal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes grabados con ICE. (...)".* **6.** Lo requerido por la compañía actora en las letras a) y b) de su pedido de aclaración, no son materia de éste recurso de casación, por tanto no es posible llevar a cabo lo pedido. **7.**

Con respecto a lo pedido en las letras c) y d) se expresa que, la sentencia sobre la cual se pide su aclaración, esgrimió enfáticamente la errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y en función de aquello se indicó la base imponible del ICE, su debida construcción ya sea para los bienes de producción nacional o bienes importados, situación que debe ser entendida de manera completa, por cuanto en el referido artículo se prevé varias normas con respecto a esto y sobre todo sin olvidar la intención del legislador que se orientó a la disminución del consumo de bienes nocivos para la salud, como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas incluida la cerveza, entre otros. De igual manera se estableció la intención del legislador al establecer que para el año 2009 el Servicio de Rentas Internas no emitió la lista de precios referenciales y en este orden de cosas, quedó de manera clara que la única forma de determinar la base imponible para bienes importados, es por medio de los precios de venta al público que sugiera el importador o fabricante menos en IVA y el ICE, por los que con esta estructura de base imponible se justifica el alcance del precio de venta al público el cual deberá ubicarse de manera obligatoria en las etiquetas de los productos gravados con ICE. Así mismo, se agregó que esa forma de establecer la base imponible para bienes importados que principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al importador fije, porque éste constituye el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos. **8.** Sin perjuicio de todo lo anterior, cabe puntualizar que el actor al formular su pedido de aclaración del fallo, pretende que esta Sala Especializada se extralimite en sus funciones y refiera a hechos que no fueron materia de la casación, como son la utilización de información de terceros y que esas actividades productivas sean similares a las de la compañía a la cual se va a efectuar la determinación de tributos, en otras palabras se pretende confundir a esta Sala con el pedido de aclaración, el mismo que busca cambiar el sentido del fallo dado por esta Corte de Casación. Por lo cual, nuevamente se conmina a los abogados de la compañía actora para su defensa técnica se enmarque en el principio de lealtad procesal, descrito en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. **9.** Vale indicar que el principal objetivo de la Casación no consiste en enmendar los agravios que las partes consideran se les ha irrogado, sino en corregir los vicios que, en lo concerniente a la aplicación de normas jurídicas, pudiera contener un fallo, con lo cual se busca conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. **10.-** Teniendo en cuenta y según lo expresado en los números 2, 3, 4, 5, 6, 7,8 y 9 del presente auto, se determina que la sentencia emitida el 5 de enero del 2016, a las 10h32, es lo suficientemente clara, por tanto se rechaza la solicitud de aclaración. **11.-** La Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia jueza de esta Sala Especializada suscribe el presente auto por obligación legal, en razón de su voto salvado expedido en la aclaración de la sentencia Nº 457-2014. **Notifíquese.-**

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL VOTO SALVADO; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

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

Quito, viernes 5 de febrero del 2016, las 12h25.-

VISTOS: El señor Fausto Manuel Gavilanes Freire, representante legal de PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CIA. LTDA. PROALCO, presenta escrito en el que solicita se aclare la sentencia de 05 de enero del 2016, a las 10h32. Corrido traslado con el pedido, a la contraparte, la entidad demandada emite su contestación, en este estado corresponde a la Sala pronunciarse, para lo cual realiza las siguientes consideraciones:

PRIMERO: El Art. 274 del Código Tributario, norma aplicable a la aclaración y ampliación en materia contencioso-tributaria, dice que la primera tendrá lugar cuando la sentencia fuere oscura, y la segunda cuando se hubiere omitido resolver algún punto de la litis o sobre multas, intereses o costas. **SEGUNDO:** La compañía actora solicita se aclare la sentencia de 05 de enero del 2016, a las 10h32 y manifiesta: *" a) Considerando que esta*

H. Sala ha señalado que el proceso de determinación realizado por el SRI para establecer la base imponible del ICE a cumplido con los preceptos del Art. 91 del Código Tributario, y considerando que la Corte Nacional de Justicia en varios fallos sobre el establecimiento de la base imponible del ICE ha sostenido que para utilizar información de terceros, éstos deben realizar la misma actividad económica del sujeto pasivo objeto de la auditoría, solicito que se sirva aclarar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016, señalando los preceptos jurídicos que se abrían aplicado en la misma, para validar que la información de terceros que realizan una actividad ***(sic)*** *económica distinta a la de PROALCO (lo cual fue constatado por el tribunal inferior en su fallo y que no ha sido objeto de casación) es admisible para establecer las diferencia a cargo de PROALCO. b) Una vez que se dé contestación a la aclaración solicitada en el párrafo anterior, solicito se sirva aclarar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016 indicando cuáles son los preceptos jurídicos que autorizan a que la sugerencias de precios reales que debe realizar el importador" debe convertirse en un precio obligatorio que debe ser respetado por todos los adquirientes de los productos gravados con el ICE, tanto más que existe libre fijación de precios establecida en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y ratificada por el Código Orgánico de la Producción. c) Que se considerando (sic) el objetivo integrador de la jurisprudencia de casación, se sirva ampliar la sentencia dictada el 5 de enero de 2016 indicando si la correcta interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno implica que en los caso en que terceros independientes hayan vendido al consumidor final los bienes gravados en el ICE por encima del precio sugerido por los importadores estos últimos deban ser compelidos a pagar las diferencias del tributo resultante."* **TERCERO:** El día jueves catorce de enero de 2016, el Econ. Juan Miguel Avilés Murillo, en su calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, da contestación al pedido de aclaración y manifiesta que: *"Respecto a la aclaración solicitada por la parte actora me permito indicar que la aclaración es un recurso horizontal cuya procedencia se encuentra demarcada por el contenido del artículo 274 del* ***Código Tributario****. La mencionada norma señala textualmente: ´ La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura.´ La sentencia dictada dentro del Recurso de casación No. 17751-2014-0457, de fecha 5 de enero de 2016, a las 10h32, es clara tanto así que la Sala realizo una serie de consideraciones que la llevaba a la conclusión de casar la sentencia dictada el 15 de agosto de 2014, a las 11h26, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en Guayaquil. Por lo expuesto resulta evidente que la parte actora debe estar a la decisión final de la Sala, dado que el hecho de que no se encuentre conforme con la decisión del referido órgano jurisdiccional no amerita que la parte actora solicite que una sentencia motivada y que es clara en su contenido, necesite ser aclarada."* **CUARTO:** En relación a lo solicitado por el peticionario, en los literales a) y b) de su pedido de aclaración, esta Sala Especializada establece que los temas abordados por el solicitante no son materia de este recurso de casación, por lo que no corresponde atender la solicitud. Ahora bien, en cuanto a los temas cuestionados, en los numerados c) y d) de su escrito de aclaración, esta Sala señala que se encuentran suficiente mente abordados y con absoluta claridad en el numeral 5.2.1.1.3 del edicto casacional. **No siendo necesario ninguna otra consideración**, so pretexto de reformar o modificar la sentencia, lo que está prohibido a este Tribunal. Por lo expuesto a no existir nada que aclara, esta Sala, rechaza la aclaración solicitada por la compañía PRODUCTOS ALIMEMTICIOS Y LICORES CIA. LTDA. PROALCO.-

Notifíquese, devuélvase.

f) Dra. Ana María Crespo, JUEZA PRESIDENTA; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

III

Resolución nro. 049-2016
Juicio nro. 10-2012

Impugnación de la Resolución expedida por el Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo presentado por Jorge Aurelio González Núñez, representante legal de ACUICOLA Y PISCICOLA ACUIVÁSQUEZ S.A. en contra de la Resolución Sancionatoria emitida por la misma autoridad y mediante la cual se le impone multa por presentar con errores el Anexo de Retenciones en la Fuente del Impuesto a la Renta y otros conceptos, correspondiente al período fiscal de noviembre de 2009

SÍNTESIS

Guillermo Belmonte Viteri, en calidad de Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal 2ª del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 4 con sede en la ciudad de Portoviejo; fallo que acepta la demanda propuesta por José Aurelio González Núñez, representante legal de ACUICOLA Y PISCICOLA ACUIVÁSQUEZ S.A., deja sin efecto la Resolución N° 113012012RREC000099, de 5 de enero de 2012, y declara la nulidad de la Resolución Sancionatoria N° 1320110503438 de 2 de agosto de 2011.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, al considerar, en lo principal, que se ha transgredido los principios de especificidad y trascendencia que deben concurrir para que se produzca la nulidad del fallo y su posterior reenvío conforme lo ordena el segundo inciso del artículo 16 de la Ley de Casación, violentándose, de este modo, lo previsto en los cargos imputados al fallo de instancia, sostiene que sí se configura la causal segunda del artículo 3 de la Ley ibídem y resuelve admitir el recurso interpuesto, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda y disponer que el proceso regrese a la Sala juzgadora para que se dé cabal cumplimiento al contenido del artículo innumerado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 10-2012

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. (RECURRENTE)

Quito, martes 19 de enero del 2016, las 15h45.

VISTOS: Composición del Tribunal: La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores Ana María Crespo Santos y José Luis Terán Suarez, Jueces Nacionales, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones Nos 02-2015, 01-2015 respectivamente de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Sentencia recurrida: El Ab. Guillermo Belmonte Viteri, en calidad de Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 9 de septiembre de 2014 a las 12h05, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 4 con sede en la ciudad de

Portoviejo, dentro del juicio de impugnación N° 0010/2012, instaurado en contra de la Resolución N° 113012012RREC000099, que niega el reclamo administrativo en contra de la Resolución Sancionatoria N° 1320110503438, en la que se decide multar al accionante por presentar con errores el anexo de retenciones en la Fuente del Impuesto a la Renta por otros conceptos, correspondiente al ejercicio fiscal de noviembre del 2009 y cuyo fallo aceptó la demanda presentada por la parte actora.

1.2.- Argumentos del recurrente: El casacionista fundamenta su recurso en la **causal segunda** del Art. 3 de la Ley de Casación y señala que existe falta de aplicación del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010. Señala que una vez que el Pleno de la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario, correspondía que el Tribunal A quo, en el mismo auto que calificó y aceptó a trámite la demanda, fijar la caución establecida en dicha norma procesal. Manifiesta que en vista de que la Sala de instancia no dispuso el afianzamiento, ha existido una nulidad absoluta que ha influido en la decisión de la causa, pues el Tribunal de instancia debió ordenar al accionante que rinda la caución respectiva de conformidad a lo que establece la normativa tributaria, caso contario debió ordenar el archivo de la causa. Indica que en la sentencia N° 038-13-SCN-CC de 11 de junio de 2013 se ratifica la constitucionalidad condicionada de la sentencia N° 014-10-SCN-CC1 de 5 de agosto de 2010 y que en su parte considerativa se refiere al caso concreto, señalando que la Administración Tributaria tiene potestad no solo determinativa sino sancionatoria. Finalmente solicita que se declare la nulidad de la sentencia por haberse infringido normas procesales por falta de aplicación de las mismas y se remita el proceso al Tribunal de Instancia para que conozca la misma desde el punto en que se produjo la nulidad invocada y sustancie el proceso con arreglo a derecho.

1.3.- Admisibilidad: Mediante auto de admisión de 10 de diciembre de 2015 a las 11h00, el Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite el recurso de casación por los cargos planteados en función de la causal segunda invocada.

1.4.- Argumentos de la contestación al recurso: Admitido el recurso de casación la parte actora no ha dado contestación. Pedidos los autos para resolver se considera:

II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES PREVIAS E IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A RESOLVER

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de conformidad con los artículos 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.2.- Validez: En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes, y no existe nulidad alguna que declarar.

2.3.- Determinación del problema jurídico a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso:

A) ¿La sentencia del Tribunal A quo incurre en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente existir falta de aplicación del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario, así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010 en relación a la presentación del afianzamiento al momento de presentar la demanda?.

III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1.- Consideraciones casacionales generales.- Previo a abordar el vicio denunciado por el recurrente, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Que es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra Nociones Generales de Derecho Procesal Civil pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: *"Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio."*; así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de la Casación pág. 39, señala que: *"[...] 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 (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen, errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales."*. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica jurídica de un recurso extraordinario y formal en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 3 de la Ley de Casación cinco causales sobre las que se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que: *"El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia."*. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de Derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. (Ver. Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71). En consecuencia el recurso de casación busca el estricto cumplimiento de las normas a través del control de legalidad de las decisiones judiciales y vela por la unificación de los criterios judiciales a través de la jurisprudencia casacional.

3.1.1.- Identificación del problema jurídico: El problema jurídico planteado en el punto 2.3 de la presente sentencia guarda relación con la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: *"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;"*.

3.1.2.- La denuncia de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación impone el análisis de dos principios que deben concurrir para que se produzca la nulidad del fallo y su posterior reenvío conforme lo ordena el segundo inciso del art. 16 de la Ley de Casación, a saber: el principio de especificidad: *"que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad"* (La Casación Civil en el Ecuador, Dr. Santiago Andrade Ubidia, pág. 116, primera edición, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005), y el principio de trascendencia: *"que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión"* (op. cit. Pág. 116).

3.1.3. Normas acusadas como infringidas dentro del recurso de casación. El recurrente acusa falta de aplicación del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010.

3.1.4.- Contenido material de las normas denunciadas.- Es importante citar lo que el referido artículo y sentencia denominados como infringidos disponen: ***"Art. (...).-*** *Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que*

de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada. La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria. Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código. El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere.". **Sentencia N° 014-10-SCN-CC:** *"En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente: Ante este hecho, es necesario que la Corte encuentre una solución adecuada al problema de inconstitucionalidad planteado, que no puede darse con la declaratoria de inconstitucionalidad plena, por ser una solución extrema, y que no ofrece mayores respuestas al problema de inconstitucionalidad que se ha planteado al juez constitucional. En este sentido, la Corte, en virtud de lo señalado ut supra y siguiendo la línea de anteriores sentencias*[7] (sic), *por considerar que la declaratoria de inconstitucional es de "ultima ratio" recurrirá al uso de la herramienta prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es el uso de "sentencias modulativas", para mantener la norma demandada en el ordenamiento, condicionando su permanencia a la interpretación que realizará esta Corte, favoreciendo el principio de conservación de la ley. Como bien lo señalan algunos sectores de la doctrina, el uso de estas sentencias justifica la labor de los jueces constitucionales en el entendido que "... [se] neutraliza la parte insana del contenido normativo y garantiza la continuidad del precepto en el ordenamiento, pero en armonía con la parte sana de su contenido normativo. Gracias a la operación cumplida, ese contenido normativo sobrevive, aunque reducido en su extensión original, pues, se repite, su parte inconstitucional es neutralizada"*[8] *(sic). En el caso sub examine, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria per se, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo; es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declarara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva. SENTENCIA 1. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N.° 242 del 29 de diciembre del 2007, relativo al afianzamiento en materia tributaria. 2. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera: "El auto en el que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso. 3. Disponer que todos los Tribunales Distritales de lo Fiscal, a partir de la expedición de esta sentencia, apliquen lo resuelto en este fallo respecto a todas aquellas causas que hayan ingresado o ingresen, y cuyo trámite esté pendiente por la rendición de la caución del 10% ...".*

3.1.5.- Análisis de la configuración de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación en función de las normas denunciadas como infringidas: 3.1.5.1.- Sobre el afianzamiento es preciso señalar que, de conformidad con lo preceptuado en el Art. innumerado agregado después del Art. 233 del Código Orgánico Tributario por el Art. 7

de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Registro Oficial N° 242 de 29 de diciembre de 2007 y la sentencia N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010, emitida por la Corte Constitucional, ordenan que, éste debe presentarse al juez contencioso tributario por el equivalente al 10% de la cuantía, una vez que sea calificada la demanda, de no cumplirse con tal exigencia legal por parte del juez de sustanciación, no cabe se sustancie el proceso. De conformidad con el contenido del inciso primero del Art. innumerado agregado después del Art. 233 del Código Orgánico Tributario, el afianzamiento debe solicitarse en aquellos actos determinativos de obligación tributaria, *procedimientos de ejecución* y en general contra ***todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas.*** Adicionalmente, el artículo 71 del Código Orgánico Tributario define a la facultad recaudadora de la siguiente manera: *"La recaudación de los tributos se efectuará por las autoridades y en la forma o por los sistemas que la ley o el reglamento establecen en cada tributo. El cobro de los tributos podrá también efectuarse por agentes de retención o percepción que la ley establezca o que, permitida por ella, instituya la administración"*. De acuerdo al artículo 157 del Código Orgánico Tributario que señala: ***"Para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos los intereses, multas y otros recargos accesorios, como costas de ejecución*** *[...]"* (Énfasis añadido). Dentro de los procedimientos de ejecución coactivos no solo se contempla los ocasionados en la obligación tributaria, sino en otros rubros accesorios a los créditos tributarios, como es el caso de las multas, originadas en el ejercicio de la facultad sancionadora. Ante estos antecedentes, dichas disposiciones son aplicables al presente caso. **3.1.5.3.-** En abundamiento es menester indicar que en la especie, la sanción no fue un acto que procedió de un acto determinativo por parte de la Administración Tributaria, sin embargo lleva consigo la posibilidad de ejecutarse a través de una acción coactiva, situación prevista dentro de las condiciones enunciadas en el artículo innumerado a continuación del Art. 233 del Código Orgánico Tributario, por lo tanto se hace necesario la presentación del afianzamiento respectivo y en este punto y aclarando que no puede aplicarse retroactivamente en el proceso la siguiente sentencia, esta Sala únicamente cita como referencia el fallo N° 038-13-SCN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 42 de 23 de julio de 2013 de la Corte Constitucional en la cual textualmente señala: *"Queda claro que la administración tributaria tiene potestad no solo para efectuar la determinación de los tributos que las personas están obligadas a satisfacer una vez verificado el hecho generador, sino además, imponer sanciones de carácter económico por la comisión de infracciones a la normativa tributaria, en cuyo caso, las resoluciones que las impongan pueden ser impugnadas en la vía judicial, como ha ocurrido en el juicio contencioso tributario N.° 017-2012 propuesto por Fausto Iván Duran Andrade, para lo cual, la ley exige el pago de la caución del 10% del valor impugnado, una vez que se admitió a trámite la referida acción judicial, conforme lo ordena la sentencia N.° 0014-10-SCN-CC expedida por la Corte Constitucional, para el período de transición, que constituye jurisprudencia vinculante y de obligatorio cumplimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República*[3]... (sic)". **3.1.5.4.-** Ahora bien, sobre la especie, esta Sala llega a la conclusión de que se ha transgredido los principios de: **1) Especificidad** ya que si bien es cierto el vicio de nulidad no se encuentra expresamente dentro de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procedimientos detalladas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, en el presente caso en virtud de que se ha violado el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, el proceso debe ser declarado nulo hasta el momento procesal en que se vicio gravemente, de conformidad a lo establecido en el Art. 1014 del mismo cuerpo legal, en razón de que no se ordenó por parte del Juez de sustanciación como dispone la normativa tributaria la presentación del respectivo afianzamiento. **2) Trascendencia,** en virtud de que el error que cometió el juez de sustanciación al no ordenar la presentación del afianzamiento, es grave por no dar cumplimiento a lo que disponía el inciso cuarto del Art. innumerado agregado después del Art. 233 del Código Orgánico Tributario que textualmente indica: *"El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere."*, así como de la sentencia N° 014-10-SCN-CC de la Corte Constitucional que textualmente señala: *"... 2. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta*

que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera: "El auto en el que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso…". (el subrayado le corresponde a esta Sala). El principio de trascendencia ha sido transgredido ya que sin la presentación del afianzamiento respectivo, la consecuencia jurídica era el archivo de la causa, violándose de esta manera lo establecido en la normativa y en la sentencia de la Corte Constitucional que al ser un acto de carácter normativo tiene efectos generales y por lo tanto es vinculante. Por lo expresado, esta Sala Especializada considera que sí se configura la causal segunda por la falta de aplicación del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente:

SENTENCIA

Se admite el recurso de casación interpuesto y se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda, a costa de los jueces de instancia. Se dispone que el proceso vuelva a la Sala juzgadora para que se dé cabal cumplimiento al contenido del Art. innumerado a continuación del Art. 233 del Código Tributario así como de la sentencia expedida por la Corte Constitucional N° 014-10-SCN-CC de 5 de agosto de 2010. Actué la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV

Resolución nro. 61-2016
Juicio nro. 411-2012

Impugnación de la Resolución Administrativa emitida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que declaró parcialmente con lugar el reclamo administrativo presentado por Mario Bolívar Juca Cabrera, Gerente y representante legal de la COMPAÑÍA DE LAMINADOS TEXTILES, LAMITEX S.A., contra el Acta de Determinación por las obligaciones tributarias del Impuesto a la Renta del año 2005

SÍNTESIS

Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director del Servicio de Rentas Internas Regional Litoral Sur, con fundamento en las causales 1ª, 4ª y 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, que declara parcialmente con lugar la demanda de impugnación de la Resolución Administrativa N° 109012010RRECO26725 emitida por la administración tributaria que, a su vez, declaró parcialmente con lugar el reclamo administrativo presentado por Mario Bolívar Juca Cabrera, Gerente y representante legal de la COMPAÑÍA DE LAMINADOS TEXTILES, LAMITEX S.A. contra el acta de determinación N° 0920100100121, por las obligaciones tributarias del Impuesto a la Renta del año 2005," ...debiendo la administración realizar la liquidación del impuesto, respecto al Considerando Octavo numeral 3, en lo referente a la glosa de que la glosa establecida en la cuenta Compras Netas Locales de Materia Prima: Casillero 716, Importaciones de Materia Prima; Casillero 717.", y dispone, además, que la Administración Tributaria ponga en conocimiento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social esta sentencia para los fines pertinentes.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que el fallo de instancia cuenta con la debida motivación y rechaza el cargo relativo a la omisión de resolver todos los puntos de la litis porque estos han sido abordados en el considerando octavo de la sentencia recurrida, por lo que estima, en su orden, que no se configura el vicio amparado en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y rechaza el que se fundamenta en la causal 4ª del artículo ibídem; y, que el juez a quo, en lo que concierne a las glosas y sub glosas levantadas por la Administración Tributaria en contra de la COMPAÑÍA DE LAMINADOS TEXTILES, LAMITEX S.A., incurrió en los vicios alegados por la parte recurrente al amparo de la causal 1ª del artículo 3 de la Ley en mención, en cuya virtud, la Sala Especializada confirma las glosas y subglosas referidas. Por consiguiente, casa la sentencia impugnada, declara la validez y reconoce la legitimidad de la Resolución N° 109012010RRECO26725 emitida por el Director Regional(e) del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur y su antecedente, el Acta de Determinación N° 0920100100121.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 411-2012

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, lunes 25 de enero del 2015, las 09h59.-

ASUNTO

Resolución del recurso extraordinario de casación interpuesto por el economista Juan Miguel Avilés Murillo, por los derechos que representa en calidad de Director del Servicio de Rentas Internas Regional Literal Sur, en contra de la sentencia emitida el 18 de mayo de 2012, las 10h58, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil (en adelante Tribunal, Jueces u órgano jurisdiccional de instancia), dentro del juicio No. 2010-150, seguido por el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, Gerente y representante legal de la compañía LAMINADOS TEXTILES LAMITEX S.A., en contra de la Resolución administrativa No. 109012010RRECO26725, emitida el 14 de octubre de 2010, por la Administración tributaria, misma que acepta parcialmente el reclamo administrativo No. 109012010028193, presentado contra el acta de determinación No. 0920100100121, por las obligaciones tributarias del Impuesto a la Renta del año 2005.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia de 18 de mayo de 2012, las 10h58, el Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda de impugnación en contra de la Resolución administrativa No. 109012010RRECO26725 emitida por la Administración tributaria *"debiendo la administración realizar la liquidación del impuesto, respecto al Considerando Octavo numeral 3, en lo referente a la glosa de que la glosa establecida en la cuenta Compras Netas Locales de Materia Prima: Casillero 716, Importaciones de Materia Prima: Casillero 717. Asimismo se dispone que la Administración Tributaria ponga en conocimiento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"* (foja 1229 del proceso de instancia); sentencia de la cual, la Administración tributaria, interpone recurso extraordinario de conformidad a las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.2.- Indica que la sentencia impugnada infringe las siguientes normas de derecho: i) artículo 10 numerales 1, 3; y, 9; 20, 21 numeral 1; y, 64 de la Ley de Régimen Tributario Interno (vigente 2005); ii) Artículos 26 numeral 7; 27, 31, 32 y 151 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (vigente 2005); iii) Disposición General Primera del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención (vigente 2005); iv) Artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno (vigente 2005); v) Artículo 11 de la Ley de Seguridad Social (vigente 2005); vi) Resolución en sentencia de lo que no fuera materia del litigio, omisión de resolver en sentencia todos los puntos de la litis, vii) Artículo 76 numeral 7, literal l de la Constitución de la República; viii) Artículo 273 del Código Tributario; y, ix) Artículo 274 del Código de Procedimiento Civil.

1.3.- En relación con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, hace mención a las Glosas i) Sueldos salarios y demás remuneraciones; y, ii) Beneficios Sociales e Indemnizaciones; respecto a la primera Glosa, manifiesta que el pago fue realizado; por este motivo la Administración tributaria no ha negado su existencia; no obstante, este pago no es deducible por no cumplir con los requisitos legales impuestos por Ley; además, que el Tribunal de instancia no se abrogó funciones del IESS, lo que hizo es actuar al amparo de la Ley; además, se equivoca al aplicar el primer inciso del artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, ya que por los hechos acontecidos en sedes administrativa y judicial y a partir de la documentación presentada, debió aplicarse el segundo inciso del mencionado artículo, por cuanto dichos valores por bonificaciones especiales constituyen materia gravada tal y como especifica el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, el cual también es aplicado de forma equivocada por el Tribunal de instancia; enfatiza que opera la deducibilidad siempre que el contribuyente cumpla con sus obligaciones con el Seguro Social; esto es aportes a sus trabajadores; caso contrario no opera la deducibilidad.

1.3.1.- Indica que las bonificaciones especiales entregadas por la compañía LAMITEX S.A. a sus trabajadores, son de carácter regular, como lo establece el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social,

que constituyen una política de compañía; bonificaciones o comisiones cotidianas en la mencionada compañía a favor de aquellos empleados que realizan su trabajo con eficiencia.

1.3.1.1.- Respecto a la glosa beneficios sociales e Indemnizaciones, dice que el Tribunal de instancia realiza la misma fundamentación de la Glosa descrita anteriormente, obviando la aplicación del segundo inciso del artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno y aplicando indebidamente el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social; ante lo cual precisa que toda indemnización o beneficio social se encuentra contemplada en el artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que sin embargo el porcentaje de beneficios sociales que debieron constituir materia gravada y sobre los cuales la compañía no aportó con el Seguro Social obligatorio, no puede reputarse deducibles, por no cumplir con los requisitos de Ley.

1.3.1.2.- En desarrollo de su fundamentación, el recurrente manifiesta que las glosas señaladas anteriormente fueron levantadas a razón de que la compañía LAMITEX S.A., en la etapa administrativa, no presentó los comprobantes de venta que evidencien el pago a trabajadores sin relación de dependencia; que para que sean deducibles los ingresos que se estipulan en el primer inciso del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es necesaria la aplicación del artículo 64 del mismo cuerpo legal (obligación de emitir facturas); en consecuencia, los trabajadores sin relación de dependencia, deben entregar sus facturas por el servicio prestado para que de esta forma el contribuyente, al caso la compañía LAMITEX S.A., pueda deducirse el gasto, por consiguiente es relevante la aplicación del artículo 26 numeral 7; y, artículos 31 y 32, del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.

1.3.2.- En relación con la casual cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, manifiesta que el Tribunal de instancia conoce puntos sobre los cuales no se trabó la litis, vulnerando los artículos 273 del Código de Procedimiento Civil y 273 del Código Tributario; por cuanto nunca se alegó por parte de la Administración o por el contribuyente que estos valores hayan sido glosados a falta de medios de pago como lo afirma equivocadamente la Sala juzgadora.

1.3.2.1.- Que con respecto a los numerales 4 y 5 del Considerando OCTAVO, del fallo impugnado, los Jueces y Jueza de instancia actúan en inobservancia del artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, al no pronunciarse en sentencia sobre los asuntos principales del juicio, configurándose así la causal en estudio, por omisión de resolver en sentencia todos los puntos sobre los que se trabó la litis. Que en lo que respecta a la glosa por sueldos, salarios y demás remuneraciones, esta glosa se encuentra compuesta por rubros que corresponden a: i) Trabajadores con relación de dependencia; y, ii) Trabajadores sin relación de dependencia; que con respecto a estos últimos el Tribunal de instancia no emite comentario o criterio alguno *"dando a entender que la Glosa trata únicamente sobre trabajadores con relación de dependencia, y desvirtuando la totalidad de la misma con un argumento dirigido a fundamentar su resolución con respecto a tales trabajadores (...) La Sala OMITE hacer referencia alguna a los trabajadores sin relación de dependencia de LAMITEX SA, rubros por el cual se glosó a la compañía la razón de que* ésta *no presentó comprobantes de venta que soporten el pago por los servicios a dichos empleados".*

Que en la misma forma, la Sala trata sobre la glosa por beneficios sociales e indemnizaciones.

1.3.3.- En referencia a la Glosa Otros Gastos Locales; subglosa: Reembolso de Gastos, indica que el Tribunal de instancia olvida emitir argumento alguno, o aplicar normas que fundamente su fallo; esto es artículo 27 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que trata sobre el reembolso de gastos, ya que la compañía LAMITEX S.A., no presentó reembolso que justifiquen el total de planillas por sueldos pagados a trabajadores tercerizados, provocando que la Administración tributaria no pueda verificar su deducibilidad al no cumplir estos con la normativa vigente y aplicable al efecto; cabe recordar *"que los reembolsos se sustentan mediante comprobantes que contienen los Requisitos del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; sin embargo en el presente caso el Actor presenta facturas a la Administración que no se encontraban autorizadas al momento de su impresión, invalidándose por tanto el comprobante entregado sin que éste gasto pueda deducirse, al respecto cabe aplicar la Disposición General Primera contenida en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retenciones"* (foja. 1238, ibídem). Disposición que establece que no se puede argumentar el desconocimiento del sistema de consulta para pretender aplicar crédito tributario o sustentar costas y gastos con documentos falsos o no autorizados, por tanto recalca, el casacionista que no se debe

sustentar costos y gastos con documentos que no se encuentren autorizados, al caso en análisis existen comprobantes emitidos en el 2006 por pagos del 2005.

1.3.4.- Aduce que el Tribunal de instancia en relación con la glosa: Otros gastos locales, subglosa: Impuesto al Valor Agregado por importaciones de Materia Prima menciona el artículo 10 numeral 3 de la Ley de Régimen Tributario Interno como la razón de la Administración tributaria para la negativa de la deducibilidad del gasto; no obstante el Tribunal se basa en un informe pericial, dejando de aplicar los artículos 10 numeral 3 de la Ley de Régimen Tributario Interno *"(...) No podrá deducirse el propio impuesto a la renta, ni los gravámenes que se hayan integrado al costa de bienes y activos, ni los impuestos que el contribuyente pueda trasladar u obtener por ellos crédito tributario"* foja 1238, ibídem); y, artículo 151 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno *"(...) En el caso de determinarse que la información presentada con el propósito de obtener la devolución del IVA es falsa, adulterada o duplicada, se procederá a sancionar (...)";* en consecuencia al transgredir el artículo 10 numeral 3 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la Ley prevé una sanción, al caso concreto *"por tratar de beneficiarse por partida doble del IVA generado por sus importaciones las cuales fueron reportadas por la SENAE y que además fueron contabilizadas de forma duplicada al momento de su declaración de impuesto a la Renta estableciendo los mismos rubros tanto en el Casillero de Importaciones de Materia Prima como en el de otros gastos locales, pretendiendo generar confusión al momento de la determinación a esta Administración Tributaria".*

1.3.5.- Argumenta que los jueces y jueza de instancia al analizar la subglosa: Gastos No Soportados, nuevamente omiten aplicar los artículos 10 numeral 1; 20 y 21 Ley de Régimen Tributario Interno y, artículos 26 y 31 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, al referirse únicamente a los informes periciales para sustentar su argumentación, sin relacionar ningún hecho con la normativa vigente al año 2005. Indica que la documentación no soportada se debe a pagos de los cuales no se remitió comprobantes lo que acarrea omisión de formalidad y requisito legal que configura la deducibilidad del gasto, *"es sorprendente como la Sala puede establecer que los gastos son deducibles por el simple hecho de que el perito de la parte Actora establezca que la glosa ha sido desvirtuada en su totalidad a través de un informe escueto que no revela veracidad y análisis alguno de la documentación puesta a su disposición, razón por la cual es inexplicable cómo la Sala resuelve a favor de LAMITEX S.A"* (foja. 1239 ibídem).

1.3.6.- Por lo expuesto en líneas anteriores, el recurrente considera que el Tribunal de instancia vulnera el derecho constitucional a la motivación establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l), artículo 273 del Código Tributario; y, artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, ya que arbitrariamente establece criterios, y resuelve cuestiones sin armonizar el derecho con los hechos suscitados; en consecuencia, solicita a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, case el fallo impugnado y dicte una en su lugar ratificando la totalidad de la Resolución N° 109012010RREC026725 y del Acta de Determinación N° 0920100100121.

1.4.- Con fecha 04 de septiembre de 2012, las 09h20, la Sala de Conjueces y Conjueza de lo Contencioso Tributario, integrada por los doctores José Luis Terán Suárez (ponente), Juan Montero Chávez y doctora Magaly Soledispa al verificar los requisitos formales de procedencia, legitimación, temporalidad, normas infringidas, causales invocadas, admitió el recurso de casación debidamente propuesto por el recurrente; al amparo de las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; en consecuencia, pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso, corriendo traslado a la contraparte, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Casación (término de cinco días).

1.5.- Mediante escrito de 18 de abril de 2013, el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, por los derechos que representa en calidad de representante legal de la compañía Laminados Textiles LAMITEX S.A., manifiesta que la Administración tributaria no fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación que versa sobre las pruebas, por lo que los hechos determinados por el Tribunal de instancia, en el análisis y valoración de las pruebas en el proceso no son susceptibles de impugnación; además emitió el fallo –impugnado– acorde a los elementos de hecho (considerando octavo, en el cual se desarrolla las glosas y el recargo del 20% sobre la obligación determinada) y derecho por tanto está debidamente motivada. Manifiesta que el recurso de casación interpuesto por la Administración tributaria carece de fundamentación "(...) *Es imperativo resaltar que, en adición a los defectos materiales de fundamentación del*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Recurso, que se ha detallado en el presente escrito, la Administración Tributaria no se ha tornado la molestia de siquiera esbozar la manera en que los supuestos vicios que alega, no contemplados legalmente, han influido de forma determinante en la parte resolutiva de la sentencia (...)" (foja 26 del proceso de instancia). Por lo expuesto solicita que se deseche el recurso extraordinario interpuesto por la Administración tributaria.

1.6.- Con fecha 19 de diciembre de 2014, las 12h37, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, integrada por los doctores José Luis Terán Suárez, Juan Montero Chávez y doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, casaron la sentencia impugnada, y declaró válida la legitimidad de la Resolución No. 109012010RREC026725, dictada el 14 de octubre de 2010, por la Administración tributaria y su antecedente Acta de Determinación No. 0920100100121; sentencia de la cual, la Administración tributaria interpone acción extraordinaria de protección, la misma que fue conocida, analizada y resuelta el 02 de septiembre de 2015, mediante sentencia No. 285-15-SEP-CC, caso No. 0097-15-EP, por el doctor Alfredo Ruiz Guzmán, Juez Constitucional, que en lo medular: i) Declaró la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación, ii) Acepta la acción extraordinaria de protección; iii) Deja sin efecto la sentencia impugnada; y, iv) Dispone que otros Jueces o Juezas de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia conozcan y resuelvan en los términos del presente fallo el recurso extraordinario de protección interpuesto por la Administración tributaria.

1.7.- En virtud, de la sentencia emitida el 15 de septiembre de 2015, a las 10h08, por el Pleno de la Corte Constitucional, se procedió al respectivo sorteó del nuevo Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, para conocer el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Administración tributaria; tribunal que se encuentra conformado por las doctoras Ana María Crespo Santos (ponente), Julieta Magaly Soledispa Toro; y, doctor Darío Velasteguí Enríquez; Jueza, Conjueza y Conjuez, respectivamente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el pleno de la Corte Nacional; 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, 185 segunda parte, numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando los autos para resolver, se considera:

IV. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

4.1. En atención al auto de admisión de fecha 04 de septiembre de 2012, las 09h20, la entidad recurrente formula los siguientes cargos, al amparo de la causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, en contra de la sentencia de 18 de mayo de 2012, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, con sede en la ciudad de Guayaquil.

Cargo 1: Causal primera: "Falta de aplicación y Aplicación indebida" de las siguientes normativas:

Falta de aplicación:

Ley de Régimen Tributario Interno (2005)

- *Art. 7.- Ejercicio impositivo.- El ejercicio impositivo es anual y comprende el lapso que va del 1°. De enero al 31 de diciembre. Cuando la actividad generadora de la renta se inicie en fecha posterior al 1° de enero, el ejercicio impositivo se cerrará obligatoriamente el 31 de diciembre de cada año.*
- *Art. 10.- Deducciones.- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no esté exentos.*

  En particular se aplicaran las siguientes deducciones:

  1.- Los costos y gastos imputables al ingreso;

  (...) 3.- Los impuestos, tasas, contribuciones, aportes al sistema de seguridad social obligatorio que soportare la actividad generadora del ingreso, con exclusión de los intereses y multas que deba cancelar el sujeto pasivo u obligado, por el retraso en el pago de tales obligaciones. <u>No podrá deducirse el propio impuesto a la renta, ni los gravámenes que se hayan integrado al costo de bienes y activos, ni los impuestos que el contribuyente pueda trasladar u obtener por ellos crédito tributario;</u>

(...) 9.- Los sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; la participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones legales y voluntarias y otras erogaciones impuestas por el Código de Trabajo, en otras leyes de carácter social, o por contratos colectivos o individuales, así como en actas transaccionales y sentencias, incluidos los aportes al seguro social obligatorio; también serán deducibles las contribuciones a favor de los trabajadores para finalidades de asistencia médica, sanitaria, escolar, cultural, capacitación, entrenamiento profesional y de mana de obra (...).

- *Art. 20.- Principios generales.- La contabilidad se llevará por el sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración los principios contables de general aceptación, para registrar* ***el movimiento económico y determinar el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio impositivo.***
- *Art. 21.- Estados financieros.- Los estados financieros* ***servirán de base para la presentación de las declaraciones de impuestos,*** *así como también para su presentación a la Superintendencia de Compañías y a la Superintendencia de Bancos y Seguros, según el caso. Las entidades financieras así como las entidades y organismos del sector público que, para cualquier trámite, requieran conocer sobre la situación financiera de las empresas,* ***exigirán la presentación de los mismos estados financieros que sirvieron para fines tributarios.***
- *Art. 64.- Facturación del impuesto.- Los sujetos pasivos del IVA tienen* ***la obligación de emitir y entregar al adquirente del bien o al beneficiario del servicio facturas****, boletas o notas de venta, según el caso, por las operaciones que efectúe, en conformidad con el reglamento. Esta obligación regirá aun cuando la venta o prestación de servicios no se encuentren gravados o tengan tarifa cero (...).*

Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno

- *Art. 26.- Gastos no deducibles.- No podrán deducirse de los ingresos brutos los siguientes gastos:* (...) ***7.- Los costos y gastos no sustentados en los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención****".*
- ***Art. 27.-*** *Reembolso de gastos.- No constituyen ingresos gravados de los contribuyentes y, por consiguiente, no están sujetos a retención en la fuente, los reembolsos de gastos, cuando los comprobantes de venta hayan sido emitidos a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos y cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. En el caso de gastos que no requieran de comprobantes de venta, los mismos serán justificados con los documentos que corresponda, sin perjuicio de la excepción establecida en el Art. 18 de este Reglamento.*
- *Art. 31.- Registro de compras y adquisiciones.- Los registros relacionados con la* ***compra o adquisiciones de bienes y servicios, estar****án* ***respaldados por los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención,*** *así como por los documentos de importación.*
  Este principio se aplicará también para el caso de las compras efectuadas a personas no obligadas a llevar contabilidad.
- *Art. 32.- Emisión de Comprobantes de Venta.- Los sujetos pasivos* ***deberán emitir y entregar comprobantes de venta en todas las transferencias de bienes y en la prestación de servicios*** *que efectúen, independientemente de su valor y de los contratos celebrados (...)".*
- *Art. 151.- Sanciones.-* ***En el caso de determinarse que la información presentada con el propósito de obtener la devolución del IVA es falsa, adulterada o duplicada,*** *se procederá a sancionar según lo dispuesto en el Capítulo VI del Título II del Libro Cuarto del Código Tributario, sin perjuicio a las demás sanciones a las que hubiere lugar.*

Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención (2005)

- *Disposición General Primera.- El Contribuyente deberá consultar, en los medios que ponga a su disposición el Servicio de Rentas Internas, la validez de los mencionados comprobantes, sin que se pueda argumentar el desconocimiento del sistema de consulta para* ***pretender aplicar crédito tributario o sustentar costas y gastos con documentos falsos o no autorizados,*** *salvo el caso de adquisiciones a proveedores no permanentes y que el contribuyente haya presentado oportunamente las denuncias respectivas ante el SRI y de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.*

Aplicación indebida

Ley de Régimen Tributario Interno (2005).

- *Art. 10.- Deducciones.- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.*
  En particular se aplicarán las siguientes deducciones:
  (...) 9.- Los sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; la participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones legales y voluntarias y otras erogaciones impuestas por el Código de Trabajo, en otras leyes de carácter social, o por contratos colectivos o individuales, así como en actas transaccionales y sentencias, incluidos los aportes al seguro social obligatorio; también serán deducibles las contribuciones a favor de los trabajadores para finalidades de asistencia médica, sanitaria, escolar, cultural, capacitación, entrenamiento profesional y de mano de obra (...).

Ley de Seguridad Social.

- *Art. 11.- MATERIA GRAVADA.- Para efectos del cálculo de las aportaciones al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal, en cada una de las categorías ocupacionales definidas en el artículo 9 de esta Ley.*
  En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y decimosexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, ***comisiones,*** *sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio.*

Cargo 2.- Causal cuarta: Resolución en sentencia de lo que no fuera materia del litigio; omisión de resolver en sentencia todos los puntos de la litis.

Cargo 3.- Causal quinta:

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: (...)m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Código Tributario.

- *"Art. 273.- Sentencia.- Concluida la tramitación el tribunal pronunciará sentencia dentro de treinta días de notificadas las partes para el efecto. Antes de sentencia, las partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad.*
  La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos".

Código de Procedimiento Civil.

- *"Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal".*

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

5.1. El recurso de casación, es de carácter extraordinario y formalista, de interés público y particular; que tiene como propósito hacer efectivo los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad ante la Ley; que implica, además, la posibilidad de extinguir trascendentes actas jurisdiccionales como lo son las sentencias, provenientes, por lo general, de un Tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de legalidad es decir *secundum* ius, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. No constituye una tercera instancia, por cuanto no se discute los hechos frente a la norma y por ende, no le otorga competencia a la Corte Nacional de Justicia para juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón; al contrario la Corte, se limita al contenido de la sentencia, a establecer si vulneró o no la ley sustancial. En este contexto el Dr. Santiago Andrade Ubidia, al definir la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: *"La función de la Casación es*

construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública". (Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador,* Andrade y Asociadas, Fondo Especial, Quito, 2005, p. 17); lo cual permite que mediante el recurso extraordinario de casación se denuncie transgresiones del ordenamiento jurídico y se unifique la jurisprudencia con la finalidad de impedir ilegalidades y arbitrariedades jurisprudenciales al momento de administrar justicia.

5.2. El recurso de casación, de conformidad con el principio de taxatividad se lo interpone exclusivamente por causales previstas en la Ley de forma expresa; así pues el artículo 3 de la Ley de Casación, tipifica cinco causales para su procedencia, la primera y tercera implican errores *in iudicando* por defectos de juicio; la segunda, cuarta y quinta contienen errores *in procedendo* por vicios de procedimiento; causales que para un mejor entendimiento deben ser analizadas de manera prioritaria, ordenada, lógica e independiente; en tal virtud, ***si por una de las causales impugnadas no procede el recurso, podría después del respectivo análisis proceder el recurso por otra causal por cuanto se dijo anteriormente cada causal es independiente de las otras;*** así pues, en su orden de análisis: segunda, quinta, cuarta, tercera; y, primera; de conformidad a lo señalado, en el caso *in examine,* se analizará en el siguiente orden: causal quinta, cuarta y primera.

5.3.- Previa a resolver este cargo planteado por el casacionista, es oportuno para esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, manifestar que los administradores de justicia para emitir una sentencia debemos respetar el ordenamiento jurídico legal acorde al caso que se realizará el análisis con observancia del trámite propio de cada procedimiento (artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República).

5.4.- Causal quinta, la misma que procede: *"Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles".* Normativa, que prevé dos vicios que pueden dar lugar a que se case el auto o fallo impugnado, de conformidad con la jurisprudencia casacional: i) Que la sentencia o auto que se impugna carezca de los requisitos que exige la Ley; esto es omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, en su estructura formal, por ejemplo omitir la identificación de las personas que la resolución se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación (fundamento del recurrente) que se funda en los hechos y en el derecho, o en la parte resolutiva, en relación al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, ii) Que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles, como se evidencia este vicio se sub divide en: 1. Disposiciones contradictorias; y, 2.Disposiciones incompatibles. Ciertamente, las disposiciones en mención atacan la sentencia, pero deben ser analizadas indistintamente.

5.4.1.- En relación al primer vicio de esta causal; esto es que la sentencia o fallo carezca de los requisitos legales nos lleva a hablar de la motivación (fundamento del casacionista), 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".* (Oswaldo Alfredo Gozaini. *El Derecho* Procesal *Constitucional, El Debido Proceso,* Rubinzal-Culzoni. Editores, Buenos Aires-Argentina, 2004, p. 428). La Constitución de la República, en su artículo 76 numeral 7, literal l), determina que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; y se señala que no hay motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda y si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; garantía constitucional, recogida en el ordenamiento jurídico legal, artículo 273 inciso 2 del Código Tributario; y, artículo 274 del Código de Procedimiento Civil.

5.4.1.1.- La motivación, no es solo un problema de comunicabilidad, va más allá del cumplimiento estricto de los requisitos formales de la ley, pues no es suficiente el uso impecable de la lógica formal, si este encubre un razonamiento incomprensible; tampoco lo es señalar la norma si no se explica el por qué se considera aplicable, pues en la debida motivación de la sentencia se materializa el principio de la tutela judicial efectiva (Sentencia No. 0047-12-EP, dictada por la Corte Constitucional

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de Ecuador); en este sentido, el máximo órgano de control constitucional señaló que: *"por disposición constitucional, es imperante que todos los actos emitidos por parte de las autoridades públicas se encuentran debidamente motivados y que esta motivación, no se limite a un ejercicio subsuntivo, sino por el contario que se efectúe una justificación que de una razón argumentada de los motivos por los cuales la autoridad se decanta por una decisión determinada".* (Sentencia No. 191-14-SEP-CC).

5.4.1.2.- Se entiende entonces, que motivar es argumentar, explicar o exponer las razones que fundamentan un fallo; que la motivación es una garantía constitucional del debido proceso que asiste a las partes procesales, que tiene como finalidad evitar: i) errores conceptuales de estructura o de garantía; ii) arbitrariedad, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica y el actuar no razonado de las juezas y jueces.

5.4.2.- En el caso que nos ocupa el casacionista manifestó que la sentencia impugnada, con sede en la ciudad de Guayaquil, vulneró el derecho a la motivación contemplado en los artículos 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República, 273 del Código Tributario; y, artículos 274 y 276 inciso primero del Código de Procedimiento Penal.

5.4.2.1.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario observa que los jueces y jueza del Tribunal de instancia a fojas 1226 vlta. del proceso de instancia (considerando tercero de la sentencia) señalaron la normativa legal en que fundamenta su recurso el ahora casacionista en relación a las glosas contenidas en el Acta de Determinación impugnada; esto es: i) "Compras Netas Locales de Materia Prima.- Casillero 716. Importaciones de Materia Prima: Casillero 717; ii) Sueldos y Salarios y demás Remuneraciones.- Casillero 724; iii) Beneficios Sociales e Indemnizaciones.- Casilleros 727; Otros Gastos Locales.- Casillero 761; luego en el considerando SEXTO, el Tribunal de instancia manifestó que se encontraba trabada la litis en dos aspectos básicos: *"el primero, relacionado a no deducibilidad de los siguientes rubros: 1.- glosa en la cuenta Compras Netas Locales de Materia Prima: Casillero 716, Importaciones de Materia Prima: Casillero 717, por el valor de 13.622,41; 2.- glosa a la cuenta Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones, por el valor de US $ 38,098.38 y US $ 10.491,01; 3.- glosa Beneficios Sociales e Indemnizaciones por la suma de US$ 43,477,71; y, 4.- glosa en la cuenta "Otros gastos locales gastos locales por el valor de US $ 3,399.171,74 y no de US $ 3,402.620,78 como lo expone la actora dentro del libelo de demanda, bajo las siguientes sub-glosas: a) subglosa por reembolso de gastos: la suma de US $ 1,900,000.00; b) subglosa por almacenaje, manipuleo de importaciones, comisiones por garantías aduaneras e importaciones: por la suma de US $ 432,974.03, c) subglosa por el Impuesto al Valor Agregado por Importaciones de materia prima: por la suma de US$ 901,479.91, y, d) subglosa por gastos no soportados: por el valor de US $ 164.717, 80; y, el segundo relacionado, con la legalidad de la aplicación del 20% de recargo por la determinación realizada por la Administración Tributaria en función de la reforma existente al Art. 90 del Código Tributario por la Ley a la equidad tributaria en el Ecuador, expedida a finales del 2007";* aspectos básicos que fueron analizados por el Tribunal de instancia en los considerandos OCTAVO AL DÉCIMO PRIMERO; por lo que declaró parcialmente con lugar la demanda de impugnación interpuesta por la compañía LAMITEX S.A.

5.4.2.2.- Por otro lado, es de señalar que en la sentencia impugnada consta:

- Antecedentes.- en donde con claridad se señalan "todos" los argumentos de la compañía de LAMINADOS TEXTILES LAMITEX S.A., con relación al juicio de impugnación en contra de la Resolución No. 109012010RREC026725, de 14 de octubre de 2010, dictada por la administración tributaria; se hace constar la contestación a la demanda por parte de la administración tributaria; así como lo actuado por las partes procesales dentro del término de prueba.
- **(PRIMERO)** Competencia del Tribunal de instancia de conformidad con los artículos 156, 157; y, 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 220 del Código Tributario; Resoluciones emitidas el 5 de mayo y 6 de octubre de 1993, por la Corte Suprema de Justicia; artículo 11 literal h) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; y, artículo 3, literal e) de las Normas de Procedimiento para el Ejercicio de las Atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador le concede al Consejo de la Judicatura para el Periodo de Transición.
- **(SEGUNDO)** Validez del proceso.
- **(TERCERO)** Consideraciones de las partes.
- **(CUARTO Y QUINTO)** Consideraciones del Tribunal en relación a que los jueces deben valor la prueba en su conjunto de conformidad a las reglas de la sana crítica, artículo 115 del

Código de Procedimiento Civil; además que los jueces deben fundamentar una sentencia, observar las garantías del debido proceso. Que la carga de la prueba le corresponde al actor.

- **(SEXTO)** El Tribunal considera que la litis se traba en dos aspectos.
- **(SÉPTIMO)** Más consideraciones en relación a la prueba.
- **(OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO)** Análisis del Tribunal de instancia, en donde con claridad, se analiza la prueba actuada por las partes procesales; se hace el abordaje de la normativa legal aplicable al caso concreto con relación a las glosas impugnadas.
- **(DÉCIMO SEGUNDO RESOLUCIÓN),** en la cual consta la decisión en derecho del Tribunal de instancia.

5.4.2.3.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario concluye que la sentencia dictada el 18 de mayo de 2012, las 10h58, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, no omite, ni se aparta de la finalidad que tiene la motivación de las sentencias; esto es dar a conocer a las partes procesales (LAMITEX S.A., y administración tributaria) las razones por los que se les niega o restringe su derecho; constan identificados los hechos sobre los cuales se analizó y resolvió, se encuentran determinadas las normas aplicables a los hechos planteados, así como también se establece la explicación de la pertinencia de porque estas normas corresponden a aquellos hechos; en consecuencia no se evidencia que se haya conculcado el derecho a la motivación que el casacionista considera se lo ha vulnerado; razón por la cual no se configura el vicio alegado al amparo de la causal invocada, esto es, falta de motivación de la sentencia impugnada. Por las consideraciones expuestas no precede esta causal (sin que esto signifique que al no proceder esta causal, pueda proceder otra causal impugnada).

5.5.- Causal Cuarta. El principio de la denunciabilidad proclama que la Sala casacional se encuentra *limitada exclusivamente al estudio de los errores y del camino que le fije el recurrente, es decir por los cargos o ataques formulados contra la sentencia recurrida* (Luis Armando Tolosa Villabona, *TEORÍA Y TÉCNICA DE LA CASACIÓN,* Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá-Colombia, 2005, p. 115), de lo cual resulta que los jueces y juezas deben analizar un recurso extraordinario de casación de conformidad con lo solicitado por el casacionista; de no cumplir con este particular precede la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación: i) Cuando en la sentencia se resuelva aquello que no fuera materia del litigio, o ii) Cuando se omita dar un pronunciamiento acerca de todos los puntos sobre los que se ha trabado la litis.

5.5.1.- Concatenando lo señalado, la Corte Nacional de Justicia, en jurisprudencia (GJS.XVI. No. 4, p. 895 y 896) ha establecido que el principio de congruencia *"(...) delimita el contenido de la sentencia en tanto cuando 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 (...)";* en este sentido, la causal en estudio contiene los llamados vicios de congruencia, presentes cuando los administradores de justicia yerran al establecer los límites del objeto del proceso, dando como resultado una resolución, fallo o sentencia otorgue más de lo pedido *(plus o ultra petita),* algo distinto a lo pedido *(extra petita),* o deje de resolver sobre algo pedido *(citra petita).*

5.5.1.1.- No obstante lo señalado, en materia tributaria la causal en estudio no debe ser entendida de forma absoluta, como bien lo manifiesta el doctor Jose Vicente Troya Jaramillo, *"(...) la Ley de Casación, sin tener en cuenta esta naturaleza cuasi-oficiosa del proceso tributario, irrumpe en un ámbito y en el artículo tercero numeral cuarto ordena que son casables las sentencia o autos en los que hubiese producido resolución sobre materias que no hayan objeto de la litis. Ello es inconsulto y demostrativo de que se desconoce lo que es propio del derecho público tributario, dentro de la cual, no importa tanto el que un punto determinado este dentro o fuera de la litis, cuanto el que se compongan adecuadamente los actos administrativos determinativos de tributos y que se produzcan las recaudaciones en la medida justa prevista en la Ley".* (José Vicente Troya Jaramillo. *El recurso de casación en materia tributaria,* en Ernesto Albán Gómez. *La Casación, estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 108).

5.5.1.2.- Es de señalar que en materia tributaria, el principio de que los administradores de justicia sólo deben resolver los puntos sobre los que se trabó la litis, se encuentra parcialmente limitado por la posibilidad que tiene de referirse a puntos conexos que tengan relación directa con controvertido, cuando ello signifique realizar un control de legalidad de la resolución o acto impugnado (Ver más en recursos N° 121-99, R.O. 543, miércoles 27 de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

marzo de 2002; 118-2000, R.O. 327, miércoles 16 de mayo de 2001; 36-2001, R.O. 480, lunes 24 de diciembre de 2001).

5.5.1.3.- La Sala casacional en relación al control de legalidad (Recurso 672-2012, de 30 de marzo de 2015) ha manifestado que constituye el único supuesto en el cual las juezas y jueces están autorizados a conocer aspectos no comprendidos en la controversia, por lo tanto, esta Sala casacional, si ha fallado en el sentido de que no cabe resolver *extra petita,* en casos donde la Sala juzgadora ha excedido el ámbito de la litis con motivaciones distintas a la de realizar un control de legalidad (recursos Nos. 31-98, R.O. 330, viernes 7 de mayo del 2004; 121-2001, R.O. 55, viernes 4 de abril del 2003; 4-2002, R.O. 40, martes 24 de agosto del 2004).

5.5.1.4.- El órgano jurisdiccional de instancia, considera que la sentencia impugnada vulnera la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación en sus dos vicios: i) Resolución en Sentencia de lo que no fuera materia del litigio; por cuanto el Tribunal de instancia al analizar la Glosa por Beneficios e Indemnizaciones dijo: *"(...) sumado a que el hecho que no se haya desembolsado el dinero no significa que no se haya generado el gasto, basta con el soporte del gasto y es lo que se considera gasto devengado y lo acepta la Ley de Régimen Tributario Interno en su artículo 10 numeral 14, pues ella a su vez constituyó ingreso devengado para el proveedor en las condiciones expuestas esta glosa ha sido desvirtuada en su totalidad (...)";* fundamento que a criterio del casacionista, esto es, que los valores hayan sido glosados a falta de medios de pago no fue alegado por las partes procesales; por consiguiente no cumple con lo establecido en los artículos 273 del Código de Procedimiento Civil (la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis); y, 273 del Código Tributario (motivación).

5.5.1.5.- Como se recordará, en el numeral 5.3 de esta sentencia, esta Sala consideró que la sentencia hoy impugnada, cuenta con la debida motivación, por cuanto las pretensiones de las partes, fueron desarrolladas en el considerando OCTAVO y siguientes de la misma; concatenando la señalado, el órgano jurisdiccional de instancia en relación al vicio primero de la causal en estudio (los trabajadores sin dependencia) se amparó en el artículo 10 numeral 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno; adicionalmente, lo manifestado por el Tribunal de instancia al decir que, *"(...) el hecho que no se haya desembolsado el dinero no significa que no se haya generado el gasto, basta con el soporte del gasto y es lo que se considera el gasto devengado (...)",* no cambia de manera alguna la pretensión del actor, esto es que dentro del proceso judicial *"(...) se deje sin efecto el acta de determinación y la resolución impugnadas (...)";* de lo manifestado, esta Sala no encuentra que se configure el primer vicio de la causal cuarta, por consiguiente, no se evidencia vulneración de los artículos 273 del Código de Procedimiento Civil; y, 273 del Código Tributario.

5.5.2.- El segundo vicio alegado, esto es: Omisión en sentencia de resolver todos los puntos sobre los que se trabó la litis, el recurrente sostiene que, en los numerales 4 y 5 del considerando OCTAVO de la sentencia impugnada, los jueces de instancia actúan en inobservancia del artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, al no pronunciarse en sentencia sobre los asuntos principales del juicio; fundamento que lo desarrolla al mencionar que los rubros de la Glosa por Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones está dirigida para trabajadores en dependencia y sin relación de dependencia; sin embargo el Tribunal de instancia en relación a éstos últimos no realiza comentario alguno; de igual manera en las Glosas Beneficios Sociales e Indemnizaciones, olvida tratar el punto sobre el que realmente se trabó la litis: los comprobantes de venta no presentados.

5.5.2.1.- Queda claro, que por la causal en estudio, esta Sala casacional debe cotejar, armonizar, comparar y confrontar la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, de ahí que se tomará en cuenta: i) La demanda presentada por la compañía LAMITEX S.A; y, la contestación de la demanda interpuesta por la Administración tributaria; donde se fijan definitivamente los términos del debate y alcance del fallo recurrido; así pues, a fojas 76 a 79 del proceso de instancia consta la demanda interpuesta por el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, por los derechos que representa en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía de laminados textiles LAMITEX S.A., cuya pretensión concreta (numeral IV de la demanda) es que, *"(...) se deje sin efecto y valor alguno la Resolución Administrativa No. 109012010RREC026725 y que consecuentemente se deje sin efecto el Acta de Determinación No. 0920100100121 (...) en concepto de Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio fiscal del año 2005".* Por su parte, la Administración tributaria en el numeral IV del escrito de contestación a la demanda, señaló: *"Niego absolutamente*

todos los fundamento de hecho y de derecho planteados por el actor. Los cuales son meras repeticiones e infundadas declaraciones, promesas a futuro ya incumplidas, que viene reiterando desde el origen del acto impugnado así como la impugnación administrativa respectiva"; y, ii) En el considerando OCTAVO de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia deja constancia que el primer punto que se traba la litis son las glosas impugnadas; al respecto no basta formular cargos o decir que existe Omisión en la sentencia de resolver todos los puntos sobre los que se trabó la litis, es condición *sine qua non,* para que la pretensión prospere, demostrar que los cargos son reales (al caso concreto las glosas impugnadas fueron analizadas en los puntos 4 y 5 del referido considerando OCTAVO); ahora bien, el casacionista de creer que el análisis realizado por el Tribunal de instancia al resolver los puntos de la litis, lo ha hecho bien o mal, no es materia de análisis al amparo de la causal cuarta, por lo tanto se rechaza este cargo.

5.6.- Causal Primera. Esta causal precede, al existir violaciones directas al ordenamiento jurídico, ya sea a la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de las normas sustantivas, las mismas que son utilizadas para subsumir los hechos que el juzgador tiene como probados, a los supuestos fácticos que ellas contienen, con la objetivo de obtener una consecuencia jurídica apta para resolver la causa. *"No es materia de casación cualquier error de derecho, sino únicamente aquellos que por su trascendencia tengan influencia decisiva en el fallo, como manda la Ley"* (Santiago Andrade Ubidia, *LA CASACIÓN CIVIL EN EL ECUADOR,* Andrade y Asociadas, Quito-Ecuador, 2005, p.113). Por lo dicho, esta causal tiene como limitante para esta Sala, la revalorización de las pruebas.

5.6.1.- Esta Sala Especializada, procederá al análisis de la casual primera, de conformidad con las Glosas impugnadas por la entidad recurrente: 1. GLOSAS: SUELDOS SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES E INDEMNIZACIONES 1.1.- Trabajadores con relación de dependencia; y, 1.2. Trabajadores sin relación de dependencia; 2. GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES 2.1.- SUBGLOSA: REEMBOLSO DE GASTOS, 2.2.- SUBGLOSA: IMPUESTO AL VALOR AGREGADO POR IMPORTACIONES DE MATERIA PRIMA; y, 2.3.- SUBGLOSA: GASTOS NO SOPORTADOS.

5.6.2.- GLOSAS: SUELDOS SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES E INDEMNIZACIONES. La entidad tributaria, dice que en la sentencia impugnada, considerando OCTAVO, hace referencia a las dos Glosas mencionadas, en tal virtud, realiza su fundamentación de manera conjunta para lo cual divide en: trabajadores con dependencia y trabajadores sin dependencia.

5.6.2.1.- Trabajadores con relación de dependencia. Para dilucidar este punto, es necesario tener presente, lo manifestado por los jueces y jueza de instancia: así en el considerando OCTAVO de la sentencia impugnada dice: *"(...) el contribuyente puede deducir toda erogación dada al trabajador, siempre que lo tenga afiliado a éste al día en declaraciones: añade que no se puede exigir que forme parte de la base imponible de la aportación al IESS aquello que la propia Ley de Seguridad Social en su art. 11 no lo considera condicionar que el ingreso sea de carácter regular, y por el monto se observa que no tiene ese carácter, y que en tal caso si existiere alguna duda al respecto no es el Servicio de Rentas Internas el encargado de absolverlo, sino el mismo IESS, porque caso contrario la Administración Tributaria se estaría abrogando funciones que no le competen; en estas condiciones desvirtúa las glosas en su totalidad";* de lo manifestado, el casacionista considera que el Tribunal de instancia aplicó indebidamente el inciso primero, numeral 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, dejando de aplicar el inciso segundo, numeral 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, para lo cual fundamenta que este pago no es deducible por no cumplir con los requisitos legales impuestos por la Ley; que en ningún caso la administración tributaria se abrogó funciones competentes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS.

5.6.2.1.1.- Como se explicó en líneas anteriores, cuando se fundamenta un recurso de casación en la causal primera, corresponde a la Sala casacional examinar, con base a los hechos considerados como ciertos en la sentencia impugnada, la falta de aplicación de las normas de derecho que el casacionista considera infringidas; así pues, de lo dicho por el Tribunal de instancia, esta Sala Especializada enfatiza que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS, es la única autoridad que posee la facultad para determinar si un ingreso percibido por un trabajador debe ser considerado como materia gravada de aportación, de conformidad a diferentes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

fallos reiterados por esta Sala; no obstante aquello, la Administración tributaria-Servicio de Rentas Internas, tiene competencia para conocer y resolver asuntos de carácter tributario (artículo 75 del Código Tributario), quiere decir entonces, que tiene la facultad de: "*efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos del Estado y de aquellos cuya administración no éste expresamente asignada por la Ley a otra autoridad (...)"* (artículo 2, numeral 2 de la Ley de Creación de Servicio de Rentas Internas). Es decir, la Autoridad tributaria debe revisar que los gastos declarados por el contribuyente como deducibles para impuesto a la renta cumplan con los condicionamientos que dispone la ley de la materia.

5.6.2.1.2.- En este sentido: *"las remuneraciones en general y los beneficios sociales reconocidos en un determinado ejercicio económico, sólo se deducirán sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con la seguridad social"* (inciso segundo, numeral 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno); así pues para aportaciones al Seguro Social Obligatorio debe entenderse que la materia gravada es todo ingreso regular susceptible de apreciación pecuniaria percibido como afiliado al realizar actividades personales, que el caso de los trabajadores con dependencia debe considerarse dentro del sueldo las comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios que tengan el carácter normal en la industria o servicio, de conformidad al artículo 11 de la Ley de Seguridad Social. Por lo expuesto, y remitiéndonos al caso *in examine* los pagos realizados por la compañía de Laminados TEXTILES LAMITEX S.A., a los trabajadores con relación de dependencia en el período fiscal 2005, debieron ser incluidos en la base de aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para ser considerados como gastos deducibles, pues se tratan de *"bonificaciones especiales"* por eficiencia en el trabajo realizado, reconocidas de manera repetitiva durante el ejercicio económico 2005, lo que les convierte en retribuciones de carácter regular como lo establece la normativa anteriormente descrita; al no cumplir con este particular se evidencia el incumplimiento de los requisitos legales previamente impuestos por la Ley, el gasto no es deducible, por consiguiente, el Tribunal de instancia en las Glosas en estudio en relación a los trabajadores con dependencia aplicó de manera indebida el inciso primero, numeral 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, cuando lo correcto era aplicar el inciso segundo del artículo 10 número 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

5.6.2.2.- Trabajadores sin relación de dependencia. La entidad casacionista, refiere que el Tribunal de instancia al realizar el análisis de las Glosas Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones y de Indemnizaciones y Beneficios Sociales, nada dice sobre los trabajadores sin dependencia *"sobre los cuales se deben aplicar normas iguales, ya que inciden directamente con la deducibilidad del gasto".* Indica, que las Glosas en mención fueron levantadas en su momento, al verificar que el actor en la etapa administrativa no presentó los comprobantes de venta que evidencie el pago a los trabajadores sin relación de dependencia, dejando de aplicar el Tribunal de instancia los artículos 10 numeral 9 (normativa ya analizada en el punto anterior); y, 64 de la Ley de Régimen Tributario Interno, además de los artículos 26 numeral 7, 31; y, 32 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.

5.6.2.2.1.- Ahora bien, la normativa impugnada por el recurrente, determina que para efectos de deducciones se tomará en cuenta los sueldos, salarios y remuneraciones en general, los beneficios sociales, la participación de los trabajadores en las utilidades (trabajadores sin relación de dependencia); las indemnizaciones y las bonificaciones (artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno), que para ello deben emitir y entregar al adquirente la respectiva factura (artículo 64 de la Ley de Régimen Tributario Interno; artículos 26 numeral 7, 31; y, 32 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno). Normativas que regulan la entrega de facturas por parte de los trabajadores sin relación de dependencia para de esta manera aplicar la deducibilidad; al caso concreto, los jueces y jueza de instancia dejan de aplicar las normativas descritas, ya que erróneamente consideraron que, *"(...) el hecho que no se haya desembolsado el dinero no significa que no se haya generado el gasto, basta con el soporte del gasto y es lo que se considera el gasto devengado (...)",* sin tener presente que un gasto para ser deducible es obligación del contribuyente sustentarlo con comprobantes de venta debidamente autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención: lo cual no fue observado por la compañía LAMINADOS LAMITEX S.A.; entonces, la deducibilidad de los gastos reportados por el ejercicio auditado no puede ser reconocida, configurándose la falta de aplicación de la normativa impugnada. Por todo lo

expuesto, esta Sala confirma las glosas: i) Sueldos, salarios y demás remuneraciones; y, ii) Beneficios sociales e indemnizaciones.

5.6.3. GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA REEMBOLSO DE GASTOS). Con relación a esta subglosa, el órgano jurisdiccional de instancia someramente señala que la Glosa en estudio fue desvirtuada en su totalidad; lo cual conlleva al casacionista en su escrito de interposición de recurso manifestar que: i) El Tribunal de instancia no emite criterio ni normas de sustento, ii) La compañía LAMITEX S.A., no presentó reembolsos que justifiquen el total de planillas por sueldos pagados a trabajadores tercerizados, provocando que la Administración tributaria no pueda verificar su deducibilidad incumpliendo la normativa vigente a esa época. iii) Que los reembolsos se sustentan a través de comprobantes, mismos que deben cumplir con los requisitos exigidos por la Ley; específicamente el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, el cual no aparece aplicado por el Tribunal de instancia, como correspondía, al estar vigente; y, iv) De ahí que existe falta de aplicación de los artículos 10, numeral 9; y, 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno; artículo 27 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; y, la Disposición General Primera del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. Estos razonamientos se los analiza a continuación.

5.6.3.1.- El artículo 27 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a esa época, en relación al reembolso de gastos, decía: *"Art. 27.- Rembolso de gastos.- No constituyen ingresos gravados de los contribuyentes y, por consiguiente, no están sujetos a retención en la fuente, los reembolsos de gastos, cuando los comprobantes de venta hayan sido emitidos a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos y cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. En el caso de gastos no requieran de comprobantes de venta, los mismos serán justificados con los documentos que corresponda, sin perjuicio de la excepción establecida en el Art. 18 del Reglamento".*

5.6.3.2.- Queda claro, que el reembolso de gastos: i) Implica el hecho de volver a obtener aquello que se había entregado, ii) Deben existir comprobantes de venta como sustento; los mismos que deben regirse a la normativa legal, sin este requisito, se sobreentiende que no opera el reembolso de gastos (salvo los que establezca la Ley); ahora bien, antes de la vigencia del Mandato Constituyente No. 8, existían servicios de tercerización, entendido como el mecanismo para mejorar la competitividad empresarial contratando con empresas especializadas personal o desarrollo de funciones, en las cuales no se tiene eficiencia o especialidad profesional, cuya finalidad era la prestación de estos servicios, en la cual existía evasión en el pago del IESS; no obstante aquello, las empresas contratantes de servicios de una tercerizadora reembolsaban a éstos los gastos por aportaciones al Seguro Social de aquellos trabajadores y trabajadoras que prestaban sus servicios a la empresa; con el objetivo de deducir el mencionado gasto por concepto de *"(...) sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; la participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones (...)",* se colige entonces, que debe existir un reembolso de gastos por parte de la empresa que contrata a la tercerizadora; siempre y cuando esta última haya cumplido con los pagos de las aportaciones al IESS de los trabajadores y trabajadoras, sin el reembolso de gastos la Administración tributaria no puede evidenciar que efectivamente la empresa tercerizadora haya cumplido con dichos pagos; al respecto, la Administración tributaria no presume, sino que debe verificar lo dicho por los contribuyentes; normativa que no fue observada por el Tribunal de instancia.

5.6.3.3.- El Reglamento de Comprobantes de Venta y Retenciones, establece que los comprobantes, deben estar previamente autorizados antes de su impresión *"no se puede pretender aplicar crédito tributario o sustentar costos y gastos con documentos falsos o no autorizados",* Disposición General Primera del mencionado Reglamento de lo dicho se desprende que: i) Los contribuyentes deben respetar la normativa legal en relación a la aplicación de facturas, por ende deben ser emitidas previa autorización, ii) Deben ser emitidas dentro del año del ejercicio impositivo; esto es 1° de enero al 31 de diciembre (artículo 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno); en consecuencia, la administración tributaria debe verificar que los reembolsos de gastos se sujeten a la normativa legal; esto significa que: i) Los contribuyentes deben presentar facturas de respaldo, previamente autorizadas al momento de su impresión; ii) Que los comprobantes-facturas, deben regir para un año fiscal (1° de enero al 31 de diciembre); iii) Los reembolsos por gastos de aportaciones al Seguro Social deben evidenciarse para poder deducirse el gasto por concepto de sueldos, saldos, salarios y demás remuneraciones de conformidad con el numeral 9 del artículo 10

de la Ley de Régimen Tributario Interno. De la lectura de la sentencia se constata que al momento de resolver el órgano jurisdiccional de instancia ha ignorado los artículos 7 y 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, artículo 27 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno; y la Disposición General Primera del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, y los ha dejado de aplicar, por lo que el cargo es procedente.

5.6.4. GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA IMPUESTO AL VALOR AGREGADO POR IMPORTACIONES DE MATERIA PRIMA). En la especie, el casacionista ataca la argumentación de la cual se ha valido el Tribunal de instancia para dar paso a la Subglosa en estudio. Tal como consta del Considerando OCTAVO, numeral 6, ll, que establece que la Acta de Determinación no hay un detalle de pago de IVA que presente duplicidad del pago. Sobre este argumento, el casacionista en su escrito de interposición de recurso considera que existe falta de aplicación del numeral 3 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, "(…) *No podrá deducirse el propio impuesto a la renta, ni los gravámenes que se hayan integrado al costo de bienes y activos, ni los impuestos que el contribuyente pueda trasladar u obtener por ellos créditos tributarios.*"; y, el artículo 151 del Reglamento a la referida Ley, que versa sobre las sanciones cuando la información presentada con el fin de obtener la devolución del IVA es duplicada; por cuanto *"no se podrá deducir del Impuesto a la Renta los valores por los cuales se pueda obtener crédito tributario, como son las importaciones, que en el presente caso el Contribuyente realizó durante el año 2005".*

5.6.4.1.- Se recuerda que corresponde a esta Sala de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia sobre la falta de aplicación de la normativa alegada por el casacionista; en este sentido el Tribunal de instancia en relación a esta Subglosa someramente establece: *"(...) que en el Acta de Determinación no hay un detalle de pago del IVA que presente duplicidad en el cargo, esta glosa ha sido desvirtuada en su totalidad (...)";* no obstante lo señalado por el órgano jurisdiccional de instancia, es de señalar que la normativa legal en relación a las deducciones (artículo 10 numeral 3 de la Ley de Régimen Tributario Interno), contiene dos contenidos normativos: Por un lado, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no se encuentren exentos: impuestos, tasas, contribuciones, aportes al seguro social. Por otro lado, y como salvedad a lo mencionado, no se puede deducir el propio impuesto a la renta, gravámenes que se hayan integrado al costo de bienes y activos, ni los impuestos que el contribuyente pueda trasladar u obtener por ellos crédito tributario; de incumplir lo dicho, la propia ley establece una sanción (artículo 151 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno) *"En el caso de determinarse que la información presentada con el propósito de obtener la devolución del IVA es falsa, adulterada o duplicada se procederá a sancionar";* por consiguiente, los contribuyentes no pueden consignar como gasto deducible para efectos del impuesto a la renta, valores que fueron pagados por concepto al impuesto al valor agregado por importaciones durante una años específico; y a la vez estos valores consignar como crédito tributario del IVA en el mismo año. Por lo tanto, esta Sala considera que el Tribunal de instancia, al analizar la Subglosa en estudio, vulnera la Ley por falta de aplicación del artículo 10 numeral 3 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, artículo 151 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario, y se confirma la subglosa.

5.6.5.- GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA GASTOS NO SOPORTADOS). Respecto a esta Subglosa, la entidad casacionista, considera que existe falta de aplicación de los artículos 10 numeral 1, 20 y 21 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, artículos 26 y 31 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; por cuanto el Tribunal de instancia se refiere únicamente a los informes periciales para sustentar su argumentación sin relacionar ningún hecho con la normativa vigente en el año 2005. Indica, que la documentación no soportada se debe a pagos respecto de los cuales no se emitió comprobante alguno, sin reportar medias de pago alegando que estos rubros se encuentran en sus cuentas por cobrar; así pues, las normas de derecho supuestamente vulneradas, señalaban:

Ley de Régimen Tributario Interno:

"Art. 10.- Deducciones.- *En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.*

En particular se aplicarán las siguientes deducciones:

1.- Los costos y gastos impugnables al ingreso.

"Art. 20.- *Principios generales.- La contabilidad se llevará por el sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración los principios contables de general aceptación, para registrar el movimiento económico y determinar* ***el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio impositivo".***

Art. 21.- Estados Financieros.- Los estados financieros servirán de base para la presentación de las declaraciones de impuestos, así como también para su presentación a la Superintendencia de Compañías y a la Superintendencia de Bancos y Seguros, según el caso las entidades financieras así como las entidades y organismos del sector público que, para cualquier trámite, requieran conocer sobre la situación financiera de las empresas, exigirán la presentación de los mismos estados financieros que sirvieron para fines tributarios".

Reglamento a la Ley de régimen Tributario Interno:

"Art. 26.- Gastos *no deducibles.- No podrán deducirse de* los *ingresos brutos* los *siguientes* gastos: *(...) 7.- Los costos y gastos no sustentados en los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y retención".*

Art. 31.- Registro de compras y adquisiciones.- Los registros relacionados con la compra o adquisición de bienes y servicios, estarán respaldados por los comprobantes de venta autorizados por el reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, así como por los documentos de importación".

5.6.5.1.- Respecto a la Subglosa en estudio, esta Sala de casación evidencia que no se aplicó las normas de derecho transcritas, las mismas que son claras al determinar que los contribuyentes deben llevar el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio impositivo, al caso concreto año 2005; de igual manera, se debe tener en cuenta que los estados financieros deben servir de base para la presentación de las declaraciones de impuestos, y que se exigirán la presentación de los mismos estados financieros que sirvieron para fines tributarios. Otro tema que debe tenerse en cuenta, y que se analizó anteriormente es que no son deducibles los costos y gastos no sustentados en los respectivos comprobantes de venta autorizados por la Ley; en consecuencia, los contribuyentes deben proporcionar los respectivos comprobantes de venta que soporten los gastos debidamente autorizados; particular que deviene en un requisito legal y no una mera formalidad; al respecto, esta Sala de casación, respetuosa del principio de legalidad; principio amparado en su momento en la Constitución Política de 1998 y hoy en la actual, hace hincapié en que los requisitos exigidos en la Ley y los Reglamentos para la emisión de los Comprobantes de Venta no son meras formalidades, sino por el contrario son requisitos de los que depende la validez de la transacción y sobre todo el sustento del sistema tributario y de retenciones de nuestro País; el omitir este particular por parte del órgano jurisdiccional de instancia vulnera la Ley, en falta de aplicación de la normativa transcrita anteriormente; por ende, se confirma la subglosa en estudio, así como las otras glosas y subglosas levantadas por la Administración Tributaria en contra de la compañía de Laminados y Textiles LAMITEX S.A.

VI. DECISIÓN

6.1.- Por las razones expuestas 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:

VII. SENTENCIA

7.1.- CASAR la sentencia dictada el 18 de mayo del 2012 las 10H58, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil,

7.2.- DECLARAR la validez y reconocer la legitimidad de la Resolución N° 109012010RREC026725, de 14 de octubre del 2010, expedida por el Director Regional (e) del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur y su antecedente Acta de Determinación N° 0920100100121.

7.3.- Sin costas.

7.4.- Actúe la abogada Alejandra Morales Navarrete, en calidad se Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, emitida por el Consejo de la Judicatura.

7.5.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dr. Darío Velástegui Enríquez, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Magaly Soledispa Toro, CONJUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 411-2012

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, Lunes 29 de febrero del 2016, las 15h32.-

VISTOS:

De la sentencia dictada el 23 de enero de 2016, las 09h59, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, que resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el economista Juan Miguel Avilés Murillo, por los derechos que representa en calidad de Director del Servicio de Rentas Internas Regional Litoral Sur, en contra de la sentencia emitida el 18 de mayo de 2012, las 10h58, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio No. 2010-150, seguido por el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, Gerente y representante legal de la compañía LAMINADOS TEXTILES LAMITEX S.A., (en adelante peticionario) en contra de la Resolución administrativa No. 109012010RRECO26725, emitida el 14 de octubre de 2010, por la Administración tributaria, misma que acepta parcialmente el reclamo administrativo No. 109012010028193, presentado contra el acta de determinación No. 0920100100121, por las obligaciones tributarias del Impuesto a la Renta del año 2005, el peticionario ha solicitado su aclaración y ampliación. En lo principal se realizan las siguientes consideraciones:

Primero. Del pedido del recurrente.

1.1.- Mediante escrito que obra de fojas 106-108, del cuadernillo sustanciado en esta Sala, el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, por los derechos que representa en calidad de Gerente General y representante legal de Laminados y Textiles LAMITEX S.A., solicita que la sentencia emitida por esta Sala de casación dentro del recurso No. 411-2012, se aclare y amplié en los siguientes puntos que versan en: 1.- Aclaración de los siguientes puntos: 1.1.- *"Como es que de acuerdo a varias sentencias de la Sala el IESS es el único competente para establecer que es materia gravada para sus aportaciones y no obstante de ello, que es verdad, líneas más adelante acepta la definición de materia gravada realizada por el SRI, estableciendo que en sus bonificaciones especiales eran regulares y por lo tanto parte de la materia gravada para el IESS y por lo tanto no deducibles al no haber sido parte de dicha materia gravada";* 1.2.- *"Indicación del análisis de los hechos considerados como ciertos en la sentencia del Tribunal Distrital que ahora se han desvirtuado como para ratificar la glosa"; y,* 1.3.- *"El elemento de convicción que llevó a ratificar la glosa impuesta por la Administración Tributaria";* 2.- Ampliación.- Solicita que esta Sala casacional amplie la sentencia impugnada sobre: 2.1.- *"ratificando que la fuente de su análisis, los documentos que le llevaron a la certeza de que eran pagos regulares, fueron los documentos de pago realizados por la empresa Lamitex S.A., deberá establecer con precisión en que foja constan los documentos analizados",* 2.2.- *"Como les fue posible establecer, que documento fue base de análisis, para afirmar que la empresa LAMITEX S.A., no cuenta con comprobantes de venta autorizados",* 2.3.- "*El órgano jurisdiccional de instancia ha ignorado los artículos 7 y 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario y otras normas reglamentarias y dice que los ha dejado de aplicar, empero no se halla de la lectura de la sentencia cuya ampliación solicito cual fue el elemento de convicción que permitió llegar a tal conclusión, no consta en el análisis la constancia de si verificaron o no si mi representada había presentado la información y si verificaron constataron que no cumplían con las normas reglamentarias".*

SEGUNDO. De la contestación de la Autoridad Tributaria

2.1.- Luego de habérsele corrido traslado, con la ante referida petición del recurrente, el economista Juan Miguel Avilés Murillo, en su calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, mediante escrito que obra de fs. 111, señala que el fallo impugnado es claro; por cuanto la Sala realizó una serie de consideraciones para poder casar la misma: "*(...) Cabe señalar que la normativa tributaria establece en el artículo 10 numeral 9 último inciso que solo se deducirán los gastos sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con el seguro social obligatorio, a la fecha de la presentación de la declaración del impuesto a la renta. En el caso que nos atañe, el actor incumplió las condiciones del artículo precitado esto es no haber efectuado el correspondiente aporte*

sobre los rubros de los trabajadores, por consiguiente los mismos podían ser deducibles de la base imponible del impuesto a la renta (...)". Indica, además, que en el punto 5.6.2.1.2 del fallo recurrido, la Sala casacional explica que lo correcto era aplicar el artículo 10, numeral 9, inciso 2 de la Ley de Régimen Tributario; por tanto, la sentencia impugnada al ser clara y motivada no necesita ser aclarada.

TERCERO. Del análisis y decisión

3.1.- En trazos generales el recurrente, pretende, y en efecto así lo ha solicitado, se aclare y amplíe, cuál fue el análisis esgrimido por esta Sala casacional para emitir el fallo de 25 de enero del 2015, las 09h59.

3.2.- A fin de esclarecer jurídica y legalmente el remedio procesal (recurso horizontal) de aclaración y ampliación solicitado; cabe remitirnos al artículo 274 del Código Tributario, en su primer inciso, establece que: *"La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre multas, intereses o costas";* en este marco, hay que indicar, que la ampliación, cabe cuando la sentencia resulta diminuta; y, la aclaración, cuando el fallo es inintelegible.

3.3.- El fallo hoy impugnado, y que fuera expedido por esta Sala casacional, respetó los lineamientos del recurso extraordinario de casación, el mismo que tiene como propósito hacer efectivo los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad ante la Ley. No le compete a esta Sala de casación juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón; al contrario, se limita al contenido de la sentencia a establecer si existe vulneración o no de la ley sustancial, que al caso concreto, de conformidad con las causales quinta, cuarta y primera del artículo 3 de la Ley de Casación analizó la sentencia impugnada con sujeción a las normativas de derecho argüidas por el casacionista; de ahí que la sentencia dictada el lunes 25 de enero de 2016, las 09h59 consta de treinta y nueve (39) fojas –anverso y reverso-, en las cuales a lo largo de siete (7) acápites o puntos, se desarrolla todo el fallo; dichos acápites versan sobre:

- **(I)** Antecedentes del recurso extraordinario de casación en donde con claridad y transcripción exacta en 12 sub puntos (1.1, 1.2, 1.3, 1.3.1, 1.3.1.1, 1.3.1.2, 1.3, 1.3.2.1, 1.3.3, 1.3.4, 1.3.5; y, 1.3.6), se señalan "todos" los argumentos de la autoridad tributaria; en el sub punto (1.4) consta el auto de la admisibilidad del recurso de casación (causales quinta, cuarta y primera), dictado por la Sala de Conjuez y Conjueces de esta Sala; en el sub punto (1.5) se hace constar, también con exactitud la contestación del señor Mario Bolívar Juca Cabrera, por los derechos que representa en calidad de representante legal de la compañía Laminados Textiles LAMITEX S.A.; en el sub punto (1.6) Se hace constar la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario, integrado por los doctores José Luis Terán Suárez, Juan Montero Chávez; y, doctora Maritza Tatiana Perez Valencia; así como el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Autoridad Tributaria; y lo resuelto por el Pleno de la Corte Constitucional, en el último sub punto (1.7), se hace constar el sorteo de nuevo Tribunal para conocimiento de la causa:
- **(II)** Jurisdicción y Competencia de esta Sala de casación (sustento legal y constitucional);
- **(III)** Validez Procesal, en este acápite se determinó que no existe nulidad alguna que declarar;
- **(IV)** Planteamientos de los problemas jurídicos del recurso, en este acápite la Sala casacional consideró que *"En atención al auto de admisión de fecha 04 de septiembre de 2012, las 09h20, la entidad recurrente formula los siguientes cargos, al amparo de las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, en contra de la sentencia de 18 de mayo de 2012, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, con sede en la ciudad de Guayaquil",* además, se transcribe la normativa vulnerada;
- **(V)** Análisis o consideraciones de la Sala de casación; acápite en el cual en los primeros sub puntos (5.1, 5.2) se desarrolla acerca del recurso extraordinario de casación; en el (5.3) disposición constitucional (artículo 76 numeral 3); en los sub puntos (5.4-5.4.2.3) se aborda los parámetros y análisis de la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, teniendo en cuenta lo manifestado por el casacionista, se establece en que consiste la motivación y una vez analizada las partes de la sentencia impugnada, estableció que no se configuró la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. En los sub puntos (5.5-5.5.2.1), también de manera concreta se despeja el segundo cargo argüido por el casacionista. Respecto a la causal cuarta, luego del respectivo análisis, se rechazó el cargo. En el sub punto (5.6) se estudia el último cargo propuesto por la autoridad tributaria; esto es la causal primera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

del artículo 3 de la Ley de Casación, que para una mejor comprensión establece las Glosas a ser estudiadas (5.6.1), en los sub puntos (5.6.2, 5.6.2.1, 5.6.2.1.1; y, 5.6.2.1.2) se desarrolla en extenso **GLOSAS: SUELDOS SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES E INDEMNIZACIONES.,** en relación a los Trabajadores con y sin relación de dependencia; en los sub puntos (5.6.3, 5.6.3.1, 5.6.3.2, 5.6.3.3), de igual manera se realiza el análisis de la **GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA REEMBOLSO DE GASTOS)**; en el sub punto (5.6.4), de manera concreta y concisa se desarrolla la **GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA IMPUESTO AL VALOR AGREGADO POR IMPORTACIONES DE MATERIA PRIMA)**, finalmente, en los sub puntos (5.6.5, 5.6.5.1), se vislumbra la **GLOSA: OTROS GASTOS LOCALES (SUBGLOSA GASTOS NO SOPORTADOS).**

- **(VI y VII)** Decisión y Resolución, en la cual constan la decisión en derecho de esta Sala de casación.

3.4.- El peticionario pretende inducir a la Sala a un pronunciamiento sobre los hechos, lo cual está fuera del ámbito de este recurso. Por todo ello, que la sentencia dictada el 25 de enero del 2016, las 09h59, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ha sido clara, intelegible, y no presenta obscuridad en su texto, ya que no se han utilizado frases indeterminadas en el razonamiento y resolución; por consiguiente existe claridad en lo resuelto y dispuesto; además se ha motivado con claridad meridiana la decisión.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, se niega los pedidos de aclaración y ampliación solicitado por el señor Mario Bolívar Juca Cabrera, por los derechos que representa en calidad de Gerente General y representante legal de Laminados y Textiles LAMITEX S.A.; en consecuencia, y acorde con lo dispuesto en el fallo, indebidamente recurrido, devuélvase inmediatamente al proceso al tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.-**

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dra. Magaly Soledispa Toro, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Darío Velástegui Enríquez, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

V

Resolución nro. 233-2016
Juicio nro. 143-2013

Impugnación de la Resolución expedida por el Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo propuesto por el contribuyente Óscar Fredi Flores Asitimbay respecto de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta por el Ejercicio Fiscal 2010

SÍNTESIS

Gonzalo González P., en calidad de Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 3, con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio propuesto por Óscar Fredi Flores Asitimbay en contra de la Resolución No. 103012012013RREC002749, de 5 de noviembre de 2013, emitida por la Dirección Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo administrativo presentado por dicho contribuyente respecto de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 0320130200010 emitida el 7 de junio de 2013, por concepto de Impuesto a la Renta por el Ejercicio Fiscal 2010.- El fallo de instancia declara la invalidez parcial de los actos administrativos contenidos en la Resolución impugnada y en la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2010, estableciendo que los valores cancelados por el actor de la causa al adquirir los bienes que luego comercializaba, son deducibles del impuesto a la renta, excepto aquellos contenidos en las liquidaciones que han sido observadas por la administración por diferentes motivos a los impugnados; ratifica la no deducción del valor contenido en la factura emitida por Diego Vintimilla por cuanto su pago se ha efectuado sin respaldo de bancarización; y, dispone que la administración proceda a reliquidar los valores a pagar a efectos de que el recargo legal del 20% se aplique al valor que se obtenga en esa liquidación y, además, que el valor depositado por el accionante en calidad de afianzamiento se utilice como abono a la obligación tributaria que surja en la conciliación ordenada.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia sostiene, en lo principal, que al no estar en discusión la existencia del gasto sino su deducibilidad, no es pertinente que la Sala de instancia la haya aceptado con fundamento en el principio de realidad económica cuando en el presente caso existen expresas disposiciones legales y reglamentarias que establecen los requisitos que debe reunir un gasto para que sea reconocido como deducible, por lo que estima que se configura la errónea interpretación del artículo 17 del Código Tributario y la falta de aplicación del artículo 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, salvo los cargos que expresa no haberse configurado o que devienen en improcedentes, considera que no es necesario analizar las demás alegaciones del recurrente; en tal virtud, confirma en su totalidad la validez jurídica de la Resolución impugnada que negó el reclamo administrativo propuesto por el contribuyente en contra de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 0320130200010, emitida el 7 de junio de 2013, por concepto de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2010.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 143-2013

Juez Ponente: José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, martes 5 de abril del 2015, las 11h09.-
ASUNTO:
Resolución del recurso de casación interpuesto por el Ing. Gonzalo González P., en calidad de Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia de 31 de marzo de 2015, las 16h00, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 3, con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio de impugnación No. 2013-0143, deducido por el señor Oscar Fredi Flores Asitimbay, por sus propios y personales derechos, en contra de la Resolución No. 103012013RREC002749 de 5 de noviembre de 2013, expedida por la Dirección Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que negó el reclamo administrativo propuesto por el contribuyente, en contra de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 0320130200010, emitida el 7 de junio del 2013, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2010.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito de 21 abril de 2015, el Ing. Gonzalo González P., en calidad de Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, fundamentó el recurso de casación en la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia recurrida se infringieron las siguientes normas de derecho: Por **"falta de aplicación"** de los incisos sexto y séptimo del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios; arts. 10, numeral 1 y 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno; arts. 32, 50 y 102 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, por **"errónea interpretación"** del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario.

1.2 En relación con la **causal primera** alegada el recurrente, al fundamentar la *falta de aplicación* del inciso séptimo del artículo 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta y del numeral 1 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se refiere al considerando CUARTO de la sentencia recurrida y específicamente en relación con la segunda y tercera situación que se señala en el apartado mencionado, dice: *"La Falta de aplicación del inciso séptimo del artículo 13 transcrito es evidente en la sentencia, pues a pesar de que el Tribunal a quo menciona que fue aplicado por la Administración Tributaria, NO LO APLICA en la sentencia, tan solo aplica otras normas de carácter reglamentario de manera aislada y que la Administración no las ha objetado, para llegar a la conclusión de que las liquidaciones de compra si cumplen con los requisitos formales establecidas en el Reglamento, cuando en la realidad no es así, pues las Liquidaciones fueron emitidas a contribuyentes que poseían RUC, y de acuerdo con el artículo 13 inciso séptimo del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y documentos complementarios en concordancia con el artículo 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario las mismas debían considerarse como gastos no deducibles, por lo tanto de ninguna forma dichos documentos cumplían los requisitos formales. Falta de aplicación que fue DETERMINANTE en la parte dispositiva de la sentencia pues si el Tribunal hubiera aplicado el inciso séptimo del artículo 13 mencionado, la sentencia fuere a favor de la Administración Tributaria, es decir se hubiese constatado que los gastos no cumplían con los requisitos establecidos en el reglamento y por tanto su consecuencia sería la no deducibilidad. Esto en concordancia con la Ley de Régimen Tributario Interno art. 10 numeral 1 debido que establece que para que un gasto sea deducible se debe contar con comprobantes de venta válidos y que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento, dentro de los cuales se encuentran los requisitos de emisión de las liquidaciones de compra –art. 13 inciso séptimo- mismo que no ha sido considerado ni aplicado en la sentencia por parte de los Señores Jueces. El análisis efectuado por los Señores Jueces integrantes del Tribunal cuya sentencia ahora caso, se dirige a establecer que podrán deducirse los gastos que sirvan para obtener, mantener y mejorar los ingresos gravados, art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y por tanto si el actor se dedica a la compra venta de leche, si no se compra dicho producto dejaría de tener actividad, sin embargo el Tribunal no aplica el Numeral 1 del mentado artículo, pues la norma debe ser analizada en su conjunto y lo que dice ella en el numeral 1 del mentado artículo, pues la norma debe ser analizada*

en su conjunto y lo que dice ella en el numeral 1 es que los costos y gastos imputables al ingreso deberán estar sustentados en comprobantes de venta válidos y que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento, es decir el numeral 1 del art. 10 conduce al cumplimiento de requerimientos para que los contribuyentes cumplan a cabalidad la normativa tributaria y es por ello que se debe observar todos aquellos requisitos establecidos en dicho cuerpo normativo y no solo alguno de ellos como lo ha hecho el Tribunal; no podría aplicarse la norma solo observando su primer inciso, pues se dejaría las puertas abiertas para que los contribuyentes incurran en costos y gastos incumpliendo la normativa tributaria y a pesar de ello sean considerados deducibles, en la especie el numeral 1 conduce a cumplir con lo establecido en el Reglamento para su deducibilidad, que lo mencionado fue DETERMINANTE en la parte dispositiva de la sentencia, pues si este numeral hubiese sido aplicado, la sentencia hubiese acogido que los costos y gastos, en este caso las liquidaciones de compra están ligadas condicionamientos para que sean declarados deducibles, mismos que al no haberse cumplido a cabalidad su consecuencia es la no deducibilidad, con afección a conciliación tributaria". Con relación a la alegada errónea interpretación del inciso segundo del artículo 17 del Código Tributario y la falta de aplicación del artículo 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, manifiesta que: *"Sobre la liquidación de compras efectuada a contribuyentes que poseían RUC, el Tribunal en la sentencia haciendo un segundo análisis, atiende a la esencia de la transacción sobre la forma y como motivación establece el inciso segundo del art. 17 del Código Tributario. Por lo tanto, el Tribunal considera que los gastos en los que incurrió el contribuyente y que se efectuaron mediante liquidaciones de compra fueron indispensables para obtener ingresos sobre los que se generó impuesto a la renta; argumento que la Autoridad Demandada no lo ha refutado, es por ello que el Tribunal interpreta erróneamente la norma –inciso segundo del art. 17-, toda vez que dicha norma lo que busca es que los contribuyentes no utilicen figuras jurídicas que permitan evadir el pago del impuesto y que se oculte la verdadera naturaleza de la relación jurídica existente, en el presente caso es claro que el contribuyente compra y vende leche y que para vender dicho producto deba realizar la compra de la misma, por lo que no existe ninguna duda respecto de la situación o relación económica que efectivamente existe; sin embargo el Tribunal a pesar de que reconoce dicha realidad le otorga a la norma un alcance que no tiene puesto que, partiendo de la efectiva existencia de la transacción y considerando la situación económica existente, considera que ello es suficiente para garantizar la deducibilidad del gasto, no obstante se debe tener presente que la deducibilidad del gasto no se encuentra regulada en la disposición contenida en el inciso segundo del Art. 17 del Código Tributario que ha sido considerada por el Tribunal para declarar a los gastos deducibles. En el presente caso el Tribunal debía considerar que los gastos a pesar de ser existentes pueden ser o no deducibles; y, en el caso concreto que nos ocupa dicha deducibilidad se encuentra ligada a la obligación que tiene el actor de emitir liquidaciones de compra a quienes la Ley autoriza para hacerlo, y expresamente la misma normativa en su artículo 13 inciso séptimo del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios establece que las liquidaciones de compra emitidas a contribuyentes que se encuentren inscritos en el Registro único de Contribuyentes (RUC) a la fecha de la transacción, no servirán para sustentar crédito tributario y costos y/o gastos para efectos de impuesto a la renta e impuesto al valor agregado en concordancia con el art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, pues únicamente servirán para sustentar ingresos gravados los costos y gastos que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente; ello condiciona la deducibilidad del gasto al cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Reglamento y no solo de alguno de ellos"*. Respecto a la alegada falta de aplicación de los arts. 50, 102 y 32 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y la falta de aplicación del inciso sexto del art. 103 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios, señala que: *"El Tribunal de instancia decide por otra parte declarar la deducibilidad de las declaraciones de compra por decir que las retenciones efectuadas, ya fueron pagadas antes de la emisión de las Liquidaciones de las diferencias, sin embargo en ningún momento ha tomado en consideración las normas que son indispensables, pues en ellas se manifiestan las obligaciones a las que deben ceñirse los Agentes de Retención, los plazos para declarar y pagar, el tiempo para entregar los comprobantes de retención y sobre todo que no puede considerarse como gasto deducible a aquellos de los que NO hubiere efectuado la retención en la fuente en el tiempo oportuno, además el inciso sexto del artículo 103 señala para que se puedan considerar a las liquidaciones de compra como crédito tributario y se sustenten como costos y gastos deberán realizarse la retención en la fuente misma que deberá declararse y pagarse en los*

plazos establecidos en el Reglamento; plazos que en el presente caso no fueron cumplidos por el actor, es por ello que si los contribuyentes no declaran ni pagan en dichos plazos independientemente de la sanción que se le imponga, ésta norma otorga una condición, -ser efectuada en el término correspondiente-, misma que no ha sido observada por los señores Jueces de instancia, pues no se considera el tiempo en el cual fueron liquidadas y pagadas las retenciones, y si es que éstas estuvieron fuera de los plazos establecidos en el art. 50 y 102 antes invocados que tampoco fueron aplicados, no contempla el hecho que las retenciones no se efectuaron al momento de la emisión de las liquidaciones de compra y más aún hace caso omiso a las normas que establecen que si no se realizaron en el tiempo y plazos establecidos no se considerarán como crédito tributario, ni como costo y/o gasto; siendo este análisis DETERMINANTE en la parte dispositiva de la sentencia, pues si se hubieran considerado y aplicado la normativa precedente, la sentencia hubiese establecido que a pesar de que el contribuyente pagó las retenciones, no lo hico dentro del tiempo que establece el Reglamento y que sobretodo de acuerdo al artículo 32 y 103 inciso sexto transcritos, las liquidaciones de compras efectuadas no debían considerarse como gastos deducibles, ya que existe normativa expresa que así lo considera y que ha sido mencionada en el presente apartado, por lo que no cabía declarar la invalidez parcial de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 103012013RREC002749 emitida el 05 de noviembre de 2013 y en la Liquidación del Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2010 No. 0320130200010 emitido el 09 de junio de 2013 y declare como gastos deducibles a las Liquidaciones de compra que constan en el cuadro 9 de la mentada Liquidación, pues conforme se ha fundamentado a lo largo del presente recurso de casación los Actos Administrativos gozan de plena validez jurídica, legalidad y legitimidad". Por lo que solicita se case la sentencia recurrida.

1.3 El Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de septiembre de 2015, a las 11h24, calificó la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Ing. Gonzalo González P., en calidad de Director Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por reunir los requisitos formales de procedencia, legitimación, fundamentación y oportunidad; y, puso en conocimiento de las partes el recurso, concediendo a quien posee legitimación pasiva para que lo conteste fundamentadamente en el término de cinco días, conforme lo establece el art. 13 de la Ley de Casación.

1.4 El Señor Oscar Fredi Flores Asitimbay, no ha dado contestación al recurso de casación propuesto por la Administración Tributaria.

1.5 El Tribunal a quo en la sentencia recurrida *"... acepta parcialmente la demanda propuesta por el señor OSCAR FREDI FLORES ASITIMBAY, en contra del señor DIRECTOR PROVINCIAL DEL CAÑAR DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, y declara: 1) La invalidez parcial de los actos administrativos contenidos en la resolución No. 103012013RREC002749 emitida por el demandado el 05 de noviembre del 2013, y en la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2010 No. 0320130200010 emitida el 09 de junio de 2013, estableciendo que los valores cancelados por el actor al adquirir los bienes que luego comercializaba y que se encuentran contenidos en las liquidaciones de compras cuyo detalle obra del cuadro No. 9 de la liquidación en mención, son deducibles del impuesto a la renta, con excepción de los valores contenidos en las tres últimas liquidaciones del cuadro, que han sido observadas por la administración por motivos diferentes a los impugnados. 2) Ratificar la no deducción del valor contenido en la factura No. 0010010001603 emitida por el señor Diego Vintimilla Jaramillo, cuyo detalle obra del mismo cuadro, por cuanto su pago se ha efectuado sin respaldo de bancarización. 3) La administración con base en esta sentencia procederá a reliquidar los valores a pagar a efectos de que el recargo legal del 20% se aplique al valor que se obtenga en esa reliquidación debiendo además utilizar el valor depositado por el actor en calidad afianzamiento, como abono a la obligación tributaria que surja de la conciliación ordenada".*

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; 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 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

3. VALIDEZ PROCESAL

3.1 En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones y no existe nulidad alguna que declarar.

4. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 La Administración Tributaria, según el auto de admisibilidad, al amparo de la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación, formula los siguientes cargos en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Cuenca.

Cargo 1: "Falta de aplicación" del inciso séptimo del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios, y del numeral 1 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Cargo 2: "Errónea interpretación" del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario y **"falta de aplicación"** del art. 16 de la Ley de Régimen Tributario.

Cargo 3: "Falta de aplicación" de los arts. 50, 102 y 32 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, y del inciso sexto del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIONES DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 El recurso de casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante a través de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así las cosas, la crítica del recurrente a la sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de casación, tiene por objeto las consideraciones de ésta, que constituyen la *ratio decidendi* del fallo.

5.2 Respecto a la **causal primera**, el numeral 1 del art. 3 de la Ley de Casación, indica: *"1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva"*. La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la sentencia; hay que referirse que dicha causal contiene el vicio de violación de la ley sustantiva, que puede configurarse como su inaplicación, su aplicación indebida o su errónea interpretación; este vicio de juzgamiento o *in iudicando* se da tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

5.3 La recurrente acusa la **"falta de aplicación"** de las normas señaladas en el numeral 4.1 cargos 1 y 3 del presente fallo y la **"errónea interpretación"** de la norma señalada en el cargo 2. Al respecto, la ***falta de aplicación*** ocurre 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..."*; mientras que 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"*. (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359 y 361).

5.4 Los textos de las normas alegadas son los siguientes:

<u>REGLAMENTO DE COMPROBANTES DE VENTA, RETENCIÓN Y DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS</u>

*"**Art. 13.-** Liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios.- Las liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios se emitirán y entregarán por los sujetos pasivos, en las siguientes adquisiciones:*
a) *De servicios prestados en el Ecuador o en el exterior por personas naturales no residentes en el país, en los términos de la Ley de Régimen Tributario Interno, las que serán identificadas con sus nombres, apellidos y número de documento de identidad;*
b) De servicios prestados en el Ecuador o en el exterior por sociedades extranjeras que no posean domicilio ni establecimiento permanente en el país, las que serán identificadas con su nombre o razón social;
c) De bienes muebles y de servicios a personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, ni inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), que por su nivel cultural o rusticidad no se encuentren en posibilidad de emitir comprobantes de venta;
d) De bienes muebles y servicios realizadas para el sujeto pasivo por uno de sus empleados en relación de dependencia, con comprobantes de venta a nombre del empleado. En este caso la liquidación se emitirá a nombre del empleado, sin que estos valores constituyan ingresos gravados para el mismo ni se realicen retenciones del impuesto a la renta ni del IVA; y,
e) De servicios prestados por quienes han sido elegidos como miembros de cuerpos colegiados de elección popular en entidades del sector público, exclusivamente en ejercicio de su función pública en el respectivo cuerpo colegiado y que no posean Registro Único de Contribuyentes (RUC) activo.
Con excepción de lo previsto en la letra d) del presente artículo, para que la liquidación de compras de bienes y prestación de servicios, den lugar al crédito tributario y sustente costos y gastos, deberá efectuarse la retención de la totalidad del impuesto al valor agregado y el porcentaje respectivo del impuesto a la renta, declararse y pagarse dichos valores, en la forma y plazos establecidos en el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.
Las personas naturales y las sucesiones indivisas no obligadas a llevar contabilidad, deberán actuar como agentes de retención en los términos establecidos en el inciso anterior, cuando emitan liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios.
El Director General del Servicio de Rentas Internas, mediante resolución, podrá establecer límites a la emisión de liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios a las que hace referencia este artículo, tales como montos máximos por transacción y por proveedor, tipos de bienes y servicios, número de transacciones por período, entre otros.
Las liquidaciones de compra emitidas a contribuyentes que se encuentren inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) a la fecha de la transacción, no servirán para sustentar crédito tributario y costos y/o gastos para efectos de impuesto a la renta e impuesto al valor agregado".

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

DEPURACIÓN DE LOS INGRESOS

*"**Art. 10.-** Deducciones.- (Reformado por Art. 3 de la Ley 51, R.O. 349, 31-XII-93).- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.*
En particular se aplicarán las siguientes deducciones:
1.- Los costos y gastos imputables al ingreso:..."
*"**Art. 16.-** En general la base imponible está constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones, imputables a tales ingresos".*

REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

*"**Art. 32.-** Gastos no deducibles.- No podrán deducirse de los ingresos brutos los siguientes gastos:*
1.- Las cantidades destinadas a sufragar gastos personales del contribuyente y su familia, que sobrepasen los límites establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno y el presente Reglamento.
2.- Las depreciaciones, amortizaciones, provisiones y reservas de cualquier naturaleza que excedan de los límites permitidos por la Ley de Régimen Tributario Interno, este reglamento o de los autorizados por el Servicio de Rentas Internas.
3. Las pérdidas o destrucción de bienes no utilizados para la generación de rentas gravadas.
4. La pérdida o destrucción de joyas, colecciones artísticas y otros bienes de uso personal del contribuyente.
5. Las donaciones, subvenciones y otras asignaciones en dinero, en especie o en servicio que constituyan empleo de la renta, cuya deducción no está permitida por la Ley de Régimen Tributario Interno.
6. Las multas por infracciones, recargos e intereses por mora tributaria o por obligaciones con los institutos de seguridad social y las multas impuestas por autoridad pública.
7. Los costos y gastos no sustentados en los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención.
8. Los costos y gastos por los que no se hayan efectuado las correspondientes retenciones en la fuente, en los casos en los que la ley obliga a tal retención.

9. Los costos y gastos que no se hayan cargado a las provisiones respectivas a pesar de habérselas constituido".
***"Art. 50.-** Base imponible para personas discapacitadas.- Para determinar la base imponible de las personas discapacitadas, del total de sus ingresos se deberá deducir en tres veces la fracción básica desgravada y los gastos personales conforme las disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno y este Reglamento".*
***"Art. 102.-** Plazos para declarar y pagar.- Los agentes de retención del Impuesto a la Renta, presentarán la declaración de los valores retenidos y los pagarán en el siguiente mes, hasta las fechas que se indican a continuación, atendiendo al noveno dígito del número del Registro Único de Contribuyentes – RUC:*
Si el noveno dígito es Fecha de vencimiento (hasta el día)

1	*10 del mes siguiente*
2	*12 del mes siguiente*
3	*14 del mes siguiente*
4	*16 del mes siguiente*
5	*18 del mes siguiente*
6	*20 del mes siguiente*
7	*22 del mes siguiente*
8	*24 del mes siguiente*
9	*26 del mes siguiente*
0	*28 del mes siguiente*

Cuando una fecha de vencimiento coincida con días de descanso obligatorio o feriados, aquella se trasladará al siguiente día hábil.
Los contribuyentes que tengan su domicilio principal en la Provincia de Galápagos, podrán presentar las declaraciones correspondientes hasta el 28 del mes siguiente sin necesidad de atender al noveno dígito del Registro Único de Contribuyentes".

CÓDIGO TRIBUTARIO

***"Art. 17.-** Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.*
Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen".

5.5 La Administración Tributaria alega que existe falta de aplicación del inciso séptimo del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios y del numeral 1 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por cuanto a su criterio, a pesar de que el Tribunal a quo establece que los costos y gastos deben estar debidamente sustentados en comprobantes de venta válidos que cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento, no aplica todas las normas que existen para la liquidación de compras, entre ellas las alegadas por el recurrente. Al respecto el Tribunal de instancia dijo: *"CUARTA. (...) 4.1.2.- El Tribunal para resolver en derechos y justicia la litis manifiesta que es necesario en primer término identificar que las glosas determinadas por el Servicio de Rentas Internas que obran de la liquidación de diferencias y sobre la cual el contribuyente presentó su reclamo administrativo, sobre los que se contempla tres situaciones, la primera glosa que determina como no deducibles los pagos que no cumplieron con el requisito de Bancarización cuando los valores superaron los cinco mil dólares (art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno); la segunda la no deducibilidad de los pagos efectuados mediante el uso de liquidaciones de compra que se emitieron a contribuyentes que tenían Registro Único de Contribuyentes (artículo 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta); y la tercera la no deducibilidad de los pagos efectuados con base en las liquidaciones de compra de bienes y servicios y sobre los cuales no se ha efectuado la retención en la fuente del impuesto a la renta (artículo 13 del Reglamento de comprobantes de venta).- (...) 4.1.2.1.- Del total de gasto considerado como no deducible en la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2010, cuya copia obra de fojas 43 a 64 y que suma el monto de $277.871,65 dólares, el actor se refiere únicamente a los gastos que corresponden a Compras Netas Locales de Bienes no Producidos por el sujeto pasivo, (...). 4.1.2.2.- En cuanto al requisito de la bancarización el tema es de puro derecho, y tiene que ver con la aplicación de la norma legal respectiva; el artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno ya transcrita, ordena que las operaciones de más de cinco mil dólares y que estén gravadas con los impuestos a los que se refiere la Ley deben ser pagadas obligatoriamente mediante el uso de las instituciones del sistema financiero, y que pueden hacerse mediante giros, transferencia de fondos, tarjetas de crédito y débito y cheques; y que, para el costo o gasto superior a cinco mil dólares sea deducible del impuesto a la renta, debe necesariamente utilizarse cualquiera de los medios de pago ya indicados "... con cuya constancia y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición se justificará la deducción o el crédito tributario...". En el asunto en litis, no se ha efectuado el pago de las transacciones por valores mayores a la cantidad indicada utilizando los mecanismos*

de pago señalados en la ley, lo cual convierte al pago en no deducible como así se declara.- 4.1.2.3.- Por corresponder a la aplicación de una misma norma reglamentaria, el Tribunal tratará de manera conjunta los dos puntos restantes, que corresponden a la emisión de liquidaciones de compra de bienes o servicios a personas que a la fecha de su emisión tenían Registro Único de Contribuyentes y a los pagos efectuados con base en las liquidaciones de compra de bienes y servicios sobre los cuales no se ha efectuado la retención en la fuente del impuesto a la renta.- (...). El mandato reglamentario tiene su razón de ser siempre que esté en consonancia con la ley, y si bien el art. 13 del reglamento de comprobantes de venta contempla la no aceptación como costos y gastos para efectos del impuesto a la renta de aquellos valores que constando en liquidaciones de compras, éstas se han emitido a nombre de contribuyentes que tenían Registro Único de Contribuyentes, o que para servir como deducciones debía efectuarse la retención correspondiente, a la Ley de Régimen Tributario Interno al tratar sobre la depuración de los ingresos que forman parte de la renta global, en primer término se refiere a las deducciones estableciendo de manera general que para determinar la base imponible del impuesto a la renta deben deducirse los gastos que sirvan para obtener, mantener o mejorar los ingresos gravados; en el asunto en litis, el actor tiene como actividad la compra venta de leche, por lo que si no compra ese producto, por el cual debe pagar, no tendría actividad económica; es decir que la deducción pretendida debe estar razonablemente vinculada a la generación del ingreso, como en efecto así lo es...;". De lo expuesto se observa que en el fallo recurrido (fs. 280), el Tribunal de instancia para resolver la controversia se remite a varias normas jurídicas, entre ellas, el art. 10 numeral 1, de la Ley de Régimen Tributario Interno; art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno; art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios. Luego al analizar la glosa determinada por las compras locales de bienes que no produce el sujeto pasivo, se refiere a la no aceptación como gastos deducibles de tres rubros: el primero de aquellos pagos que no cumplieron con el requisito de Bancarización cuando los valores superaron los cinco mil dólares (art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno), rubro éste que al haber sido ratificada la no deducción del valor contenido en la factura No. 0010010001603 emitida por el señor Diego Vintimilla Jaramillo, no es objeto del presente recurso de casación; el segundo que se refiere a los pagos efectuados mediante el uso de liquidaciones de compra que se emitieron a contribuyentes que tenían Registro Único de Contribuyentes (art. 13 del Reglamento de comprobantes de venta); y, el tercero que se refiere a los pagos efectuados con base en las liquidaciones de compra de bienes y servicios y sobre los cuales no se ha efectuado la retención en la fuente del impuesto a la renta (art. 13 del Reglamento de comprobantes de venta). Dentro del análisis de la glosa, la Sala juzgadora deja sentado que *"...la premisa legal fundamental a efectos de que se consideren como gastos deducibles para determinar la base imponible, es aquella que manda el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir que esos gastos se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos, y que esos gastos deben estar sustentados en comprobantes de venta que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento"*; es decir, los juzgadores si aplican la norma de derecho contenidas en el numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por lo tanto no se configura el vicio alegado por el recurrente. Posteriormente, al referirse específicamente a todos los gastos que se han sustentado en liquidaciones de compra emitidas por el contribuyente, concluyen que, *"... de conformidad con la norma citada, se cumple con el mandato de que los comprobantes cumplen con los requisitos reglamentarios, por lo que deberían servir para sustentar las deducciones"*. Más delante, el Tribunal a quo analiza de manera conjunta los puntos que corresponden a la emisión de liquidaciones de compra de bienes o servicios a personas que a la fecha de su emisión tenían Registro Único de Contribuyentes, y a los pagos efectuados con base en las liquidaciones de compra de bienes y servicios sobre los cuales no se ha efectuado la retención en la fuente del impuesto a la renta. Respecto de los comprobantes de venta que acreditan la transferencia de bienes y que están taxativamente señalados en el art. 1 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios, el Tribunal juzgador sostiene que *"... las denominadas liquidaciones de compras de bienes o prestación de servicios cumplían en lo formal con los requisitos reglamentarios para su emisión, razón por la cual el Servicio de Rentas Internas no cuestiona la existencia del gasto, pero que la califica como no deducible aplicando el art. 13 del reglamento de comprobantes de venta, y que en lo pertinente señala que las liquidaciones de compra emitidas a contribuyentes que se encuentren inscritos en el Registro Único de Contribuyentes a la fecha de la transacción, no servirá para sustentar costos*

y gastos para efectos del impuesto a la renta, y además, dice la norma para que esas liquidaciones sirvan de sustento de costos y gastos deberá efectuarse la retención en el porcentaje respectivo del impuesto a la renta, declararse y pagarse dichos valores". Acto seguido, la Sala juzgadora concluye manifestando que: *"... si bien el artículo 13 del reglamento de comprobantes de venta contempla la no aceptación como costos y gastos para efectos del impuesto a la renta de aquellos valores que constando en liquidaciones de compras, éstas se han emitido a nombre de contribuyentes que tenían Registro Único de Contribuyentes, o que para servir como deducción debía efectuarse la retención correspondiente, la Ley de Régimen Tributario Interno al tratar sobre la depuración de los ingresos que forman parte de la renta global, en primer término se refiere a las deducciones estableciendo de manera general que para determinar la base imponible del impuesto a la renta deben deducirse los gastos que sirvan para obtener, mantener o mejorar los ingresos gravados; en el asunto en litis, el actor tiene como actividad la compra venta de leche, por lo que si no compra ese producto, por el cual debe pagar, no tendría actividad económica; es decir que la deducción pretendida debe estar razonablemente vinculada a la generación del ingreso, como en efecto así lo es..."*. Por lo expuesto, no cabe duda que la Sala de instancia si aplicó y analizó el inciso séptimo del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios; de ahí que, el vicio alegado de falta de aplicación deviene improcedente; en todo caso, lo que debió alegar la Administración Tributaria es la *errónea interpretación* de la norma; al no haber procedido de esa manera, este Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre el alcance y significado que la Sala a quo ha dado a esta norma reglamentaria; por lo tanto, no se configura la causal ni el vicio alegado en este punto.

5.6. En relación con la alegada *errónea interpretación* del inciso segundo del artículo 17 del Código Tributario y la falta de aplicación del art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el recurrente sostiene que, sobre la liquidación de compras efectuada a contribuyentes que poseían RUC, el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, haciendo un segundo análisis, atiende a la esencia de la transacción sobre la forma con sustento en lo que establece el art. 17 del Código Tributario; y que, como consecuencia de lo señalado el Tribunal dejó de aplicar lo dispuesto en el art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Al respecto, el Tribunal de instancia, a fojas 283, dice: *"...por lo tanto, la administración a efectos de aceptar o no como deducciones los valores efectivamente pagados por el hoy actor a sus proveedores de leche, debió en primer término, y así lo hizo verificar que ellos estén sustentados en comprobantes de venta que cumplan con los requisitos reglamentarios; y, las liquidaciones de compra de bienes emitidas por el contribuyente si cumplen con los requisitos reglamentarios; y, en segundo lugar verificar la realidad económica del hecho generador de la renta, para que la determinación efectuada no afecte a derechos constitucionales como los de generalidad, equidad, igualdad, es decir, entender el hecho generador, el mismo que por atender a conceptos económicos, debió ser calificado tomando en cuenta* ***"...situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan..."***, *como manda el artículo 17 del Código Tributario, pues a pesar de reconocer que el contribuyente pagó una cantidad considerable de dinero para adquirir de sus proveedores, no se acepta los montos erogados como deducibles, se violenta el principio de capacidad contributiva, y en esencia se estaría gravando al patrimonio del contribuyente y no a la renta"*. De lo expuesto, se advierte que, la Sala juzgadora considera que, a efectos de aceptar o no como deducciones los valores efectivamente pagados por el actor a sus proveedores de leche, debió en primer lugar verificar que ellos estén sustentados en comprobantes de venta que cumplan con los requisitos reglamentarios; y, en segundo lugar verificar la realidad económica del hecho generador de la renta. Es en este segundo punto, que la Sala de instancia incurre en la errónea interpretación del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario que dice: *"Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen"*. Esta norma permite verificar las verdaderas transacciones realizadas por los sujetos pasivos detrás de las formas jurídicas que éstos adoptan, pero de ninguna manera puede servir de argumento para la deducibilidad del gasto, pues, en la especie, el contribuyente ha pagado a sus proveedores de leche, mediante liquidaciones de compra en los meses de agosto y octubre del año 2010, quienes a la fecha de la transacción se encontraban inscritos en el Registro Único de Contribuyentes; es decir que, poseían RUC activo a la fecha de la transacción. En efecto, la Sala juzgadora en el considerando 4.1.2.3, a fojas 282 de la sentencia recurrida, cuando se refiere a la emisión de liquidaciones de compra de bienes o servicios a personas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

que a la fecha de su emisión tenían Registro Único de Contribuyentes, dice: *"Entre los comprobantes de venta que acreditan la transferencia de bienes y que están taxativamente señalados en el artículo 01 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios vigente en el período intervenido, consta el denominado: Liquidaciones de Compras de Bienes o Prestación de Servicios... en el asunto en Litis, el actor tiene como actividad la copra venta de leche, por lo que sino compra ese producto, por el cual debe pagar, no tendría actividad económica..."*; de ahí que, las mencionadas liquidaciones de compras no pudieron ser emitidas por prohibición expresa del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios, que en su artículo 13 establece que, las liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios se emitirán y entregarán por los sujetos pasivos, en las adquisiciones de bienes y servicios de personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, ni inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC); y, además, claramente prevé que: *"(...) Las liquidaciones de compra emitidas a contribuyentes que se encuentren inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) a la fecha de la transacción, no servirán para sustentar crédito tributario y costos y/o gastos para efectos de impuesto a la renta e impuesto al valor agregado"*. Por lo tanto, al no estar en discusión la existencia del gasto sino su deducibilidad, no es pertinente que la Sala de instancia haya aceptado la deducibilidad con fundamento en el principio de la realidad económica, cuando en este caso, existen disposiciones legales y reglamentarias expresas que establecen los requisitos que debe reunir un gasto para que éste se reconozca como deducible. En efecto, los gastos en que incurrió el contribuyente fueron indispensables para obtener ingresos sobre los que se generó impuesto a la renta, pero para que estos gastos sean deducibles, era preciso que el contribuyente emita comprobantes de venta válidos y no liquidaciones de compras, que en este caso ha sido emitidas a proveedores que si se encontraban inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) a la fecha de la transacción, mal entonces podía el actor sustentar con estas liquidaciones de compras, gastos deducibles para efectos del impuesto a la renta, puesto que dicha deducibilidad se encuentra ligada a la obligación que tiene el contribuyente de emitir comprobantes de venta que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento; es decir, como acertadamente fundamenta la Administración Tributaria en su recurso, la existencia del gasto no es suficiente para que el mismo sea deducible, pues, se requiere que la base imponible del impuesto a la renta esté constituida por la totalidad de los ingresos, menos los costos y gastos legalmente soportados; en tal virtud, se configura la *errónea interpretación* del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario y la falta de aplicación del art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

5.7 Por lo expuesto en el considerando anterior, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, considera que no es necesario analizar la falta de aplicación de los arts. 50, 102 y 32 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y del inciso sexto del art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios.

6. DECISIÓN

6.1 En virtud del análisis realizado, este Tribunal Especializado establece que en la sentencia recurrida, se han configurado los vicios y la causal alegada por la Administración Tributaria, en el recurso de casación.

6.2 Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala 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:

7. SENTENCIA

7.1 CASAR la sentencia dictada el 31 de marzo de 2015, las 16h00, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Cuenca; en tal virtud, se confirma en su totalidad la validez jurídica de la Resolución No. 103012013RREC002749 de 5 de noviembre de 2013, expedida por la Dirección Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que negó el reclamo administrativo propuesto por el contribuyente, en contra de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 0320130200010 emitida el 7 de junio del 2013, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2010.

7.2 Sin costas.

7.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución nro. 337-2016
Juicio nro. 7223-2007

Impugnación de la Resolución expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que niega el reclamo administrativo presentado por el representante de REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., por devolución de Impuesto al Valor Agregado a proveedores de exportadores correspondiente al período junio de 2004

SÍNTESIS

Leonardo Viteri Andrade, Vicepresidente Ejecutivo y representante legal de REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., con fundamento en la causal 4ª del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, que declara sin lugar la demanda propuesta por Freddy Gaona Ordóñez por los derechos que representa de PLÁSTICOS EXPORTACIÓN EXPOPLAST C.A., (posteriormente absorbida por AGRÍCOLA GANADERA REYSAHIWAL AGR S.A., y esta a su vez por REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A.); demanda mediante la cual impugna la Resolución 109012007RREC006858 del Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que niega el reclamo administrativo por devolución de US $ 7.719,89 por concepto de Impuesto al Valor Agregado a proveedores de exportadores correspondiente al período junio de 2004.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, al estimar que el Tribunal de instancia se pronunció sobre los puntos materia del litigio considerando la pretensión del actor de la causa sobre la base del acto administrativo impugnado, y que ha respetado los límites de la sentencia fijados por las alegaciones de las partes, sostiene que el fallo no incurre en el hecho de decidir sobre asuntos no formulados en la demanda; en tal virtud, no casa la sentencia en mención y ratifica la validez de la Resolución expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 7223-2007

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Quito, Lunes 16 de mayo del 2016, las 12h48.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Ab. Leonardo Viteri Andrade, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y como tal representante legal de la compañía REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., en contra de la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2015, las 14h12, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 2007-7223, propuesto por el Ing. Freddy Gaona Ordoñez, en calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía PLÁSTICOS DE EXPORTACIÓN EXPOPLAST C.A., empresa que ha sido absorbida por AGRÍCOLA GANADERA REYSAHWAL AGR S.A., y ésta a su vez por REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., en contra de la Resolución No. 109012007RREC006858 del 2 de mayo de 2007, expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, que resuelve negar el reclamo administrativo por devolución de IVA

a proveedores de exportadores correspondiente al período junio de 2004.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito del 22 de diciembre de 2015, el Ab. Leonardo Viteri Andrade, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y como tal representante legal de la compañía REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., fundamentó su recurso en la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia se infringieron las siguientes normas de derecho: arts. 269 del Código de Procedimiento Civil; y, 273 del Código Orgánico Tributario, por extra petita.

1.2 En lo que se refiere a la **causal cuarta,** el casacionista fundamenta su recurso de la siguiente manera: *Extra petita*: Vicio de incongruencia en sentencia.- Manifiesta que la sentencia recurrida contiene un evidente vicio de incongruencia, extra petita, por cuanto resuelve un asunto ajeno a la *litis*, en razón que el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida se extiende a un punto no controvertido en el proceso; que lo resuelto en sentencia no guarda relación con los hechos controvertido en la litis, lo cual vulnera lo previsto en el art. 269 del Código de Procedimiento Civil y el art. 272 segundo inciso del Código Tributario; que la sentencia hace un análisis ajeno a los hechos controvertidos en el proceso, apartándose del mandato del art. 273 del Código Tributario que impone la exigencia de resolver en forma motivada sobre los puntos sobre los que se trabó la litis, en concordancia con el art. 258 de la Codificación del Código Orgánico Tributario, que dispone que es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda, normas que establecen que la sentencia decidirá sobre lo controvertido, esto es, sobre los hechos impugnados y discutidos por la administración; que el actor está obligado a demostrar los hechos propuestos en forma afirmativa en su demanda, lo cual excluye el despropósito de acreditar hechos no contemplados en la demanda y no controvertido en el acto impugnado; que la sentencia incurre en el error de considerar que el "factor de proporcionalidad 0%" establecido en el acto impugnado, obedece a la falta de prueba sobre las ventas globales del contribuyente; que la razón por la que la Administración Tributaria consideró el "*factor de proporcionalidad 0%*", se encuentra explicado en la página 13 y 14 de la resolución impugnada, en el punto m); que la resolución impugnada, menos aún la demanda, señalan que el factor proporcional no fue establecido correctamente por falta de acreditación de las ventas globales del contribuyente; que la razón por la que la Autoridad Tributaria altera el factor de proporcionalidad a valor 0%, gira en torno a la interpretación errada respecto del casillero en que se debió considerar las transferencias de la compañía; que del texto de la demanda constan los hechos impugnados, tales como: el cuestionamiento sobre el casillero en que se declararon las transferencias de la actora, y la exclusión de comprobantes de venta aportados en la solicitud de la devolución de IVA; que en el texto de la demanda no consta impugnación sobre el factor de proporcionalidad declarado por la actora, por cuanto el acto impugnado lo disminuye a 0% en razón de un hecho distinto a la "falta de prueba sobre las ventas globales" que es el argumento adoptado en la sentencia viciada con *extra petita;* que la *litis* no se ha trabado sobre el factor proporcional 0% por falta de pruebas de las ventas globales del contribuyente; que lo analizado y resuelto en sentencia no es un hecho discutido en el proceso por cuanto no formó parte de los hechos que motivaron la negativa del acto administrativo impugnado; que del acto impugnado y la demanda se coligen los hechos controvertidos, no siendo uno de ellos las ventas locales del contribuyente para establecer el factor proporcional; que se desprende del acto impugnado, la demanda y la contestación de la demanda, que el motivo del proceso, entre otros hechos, giró en torno al casillero en el que la actora consignó sus transferencias, así como los comprobantes rechazados en la liquidación del IVA a devolver; que sobre la cuestión del casillero en que la empresa consignó sus transferencias, lo que ocasiona el error en la determinación del factor proporcional en sentencia, ha sido materia de pronunciamientos por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, v. gr. El Recurso de Casación No. 18-2011; que en el presente caso nos encontramos frente al vicio de *extra petita* por cuanto el Tribunal ha decidido sobre puntos que no son objeto del litigio; que por lo expuesto solicita se case la sentencia recurrida..

1.3. Mediante auto del 22 de enero de 2016, las 10h47, el Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso de casación, presentado por la compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., al amparo de la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, por el vicio de *extra petita*, al resolver la sentencia un asunto

ajeno a la litis. El mencionado conjuez pone en conocimiento de las partes el recurso, concediendo a quien posee legitimación pasiva para que lo conteste fundamentadamente en el término de cinco días, conforme lo establece el art. 13 de la Ley de Casación.

1.4 Mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2016, la Autoridad Tributaria, de forma extemporánea procede a dar contestación al recurso de casación presentado por la compañía REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., por lo que no será considerado, en el presente fallo.

1.5 El Tribunal de instancia en la sentencia recurrida: *"...declara SIN LUGAR la demanda presentada por el ingeniero Freddy Gaona Ordóñez, por los derechos que representa de PLÁSTICOS DE EXPORTACIÓN EXPOPLAST C.A. (actualmente REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A.)..."*.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 del 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como el sorteo que consta en el proceso y en atención a lo previsto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 185 segunda parte, artículo 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

3. VALIDEZ PROCESAL

3.1 En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones y no existe nulidad alguna que declarar.

4. PLANTEAMIENTOS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 El recurrente, según el auto de admisibilidad del recurso de casación y al amparo de la **causal cuarta** del art. 3 de la Ley de Casación, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil:

Cargo único: "Resolución en la sentencia de lo no fuera materia del litigio" *(Extra petita)*.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

5.1 El recurso de casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es el establecimiento de la ley o sea del derecho, de modo que por medio de esta institución se ejerce un control jurisdiccional sobre las decisiones de los tribunales de instancia que estén sujetos al recurso. Existe así un control al control, o censura represiva, que viene a constituir lo que se ha denominado control sobre el control que ejercen los jueces en relación con la observancia de la ley por los particulares (in iudicando) y al mismo tiempo un control sobre los actos propios del tribunal que falla, el cual se denomina control preventivo (*in procedendo*).

5.2 Respecto a la causal cuarta, el numeral 4 del art. 3 de la Ley de Casación indica:

> "**4.** *Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio* u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis". (El subrayado es de la Sala).

5.3 Doctrinariamente, en relación con la causal cuarta, se puede decir que esta *"…recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita. Se peca por defecto de citra petita cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones y ello da lugar a la citra petita, llamada también mínima petita. Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Por lo tanto, para determinar si existe uno de estos vicios, el tribunal deberá realizar la comparación entre petitum de la demanda, las excepciones y reconvenciones presentadas y lo resuelto en la sentencia"*. (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade Ubidia, Santiago Universidad Andina Simón Bolívar Quito-2005).

5.4 En relación con esta causal y con el cargo alegado, el recurrente señala que: *"...Del texto de la demanda constan claramente los hechos impugnados, tales como: el cuestionamiento sobre el casillero en que se declararon las transferencias de mi representada (literal A de los fundamentos de hecho y de derecho); y, la exclusión de comprobantes de venta aportados en la solicitud de devolución del IVA (literal C de los fundamentos de hecho y de derecho). Como podrán apreciar, en el texto de la demanda no consta*

impugnación sobre el factor de proporcionalidad declarado por mi representada, por cuanto el acto impugnado lo disminuye a 0% en razón de un hecho distinto a la "falta de prueba sobre las ventas globales" que es el argumento adoptado en la sentencia viciada con extra petita. La Litis no se ha trabado sobre el factor proporcional 0% por falta de pruebas de las ventas globales del contribuyente. Lo analizado y resuelto en sentencia no es un hecho discutido en el proceso por cuanto no formó parte de los hechos que motivaron la negativa del acto administrativo impugnado...".

5.5 Con este antecedente corresponde a esta Sala de Casación, verificar si el fallo emitido por el Tribunal de instancia se apega al principio de congruencia, que debe primar en la emisión de sentencias, motivo por el que la Sala revisará si el contenido de la sentencia recurrida hace referencia al alcance de las pretensiones alegadas por la parte actora, para así concluir, si el fallo se apegó al referido principio o, si como consecuencia de resolver puntos que no fueron objeto del litigio, por fuera de lo pedido o distinto a lo pedido, se produjo lo que la doctrina ha llamado como el vicio de "*EXTRA PETITA*", alegado por el casacionista y que hace alusión a que en el fallo se decide aspectos que no han sido objeto del litigio.

5.6 Es primordial iniciar manifestando que el principio de congruencia del fallo se contrae a que éste se encuentre en consonancia con las pretensiones, las excepciones y la resolución; es decir, el juez debe pronunciarse sobre todo lo pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado y es precisamente esa actividad jurisdiccional, sin exceso pero también sin defecto, que evita que se produzca incongruencia o inconsonancia en una resolución; en el presente caso, la pretensión concreta del recurrente en su demanda fue: *"Que se deje sin efecto la Resolución No. 109012007RRE006858, por carecer de argumentos de hecho y de derecho; y, que se reconozca el derecho al reintegro de los valores pagados por concepto de Impuesto al Valor Agregado del mes de junio del año 2004, más los respectivos intereses compensatorios, en atención a lo previsto en el artículo 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno y la costas procesales"*; frente a ello, en la contestación a la demanda, la Administración Tributaria opone las siguientes excepciones: *"...Niego los fundamentos de hecho y de derecho planteados por el actor. (...) Debo señalar lo dispuesto en el artículo 258 del Código Tributario (...). En la expedición de la Resolución No. 109012007RREC006858, emitida el 02 de mayo de 2007 y notificada legalmente el mismo mes y año, la Administración Tributaria ha observado los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley para su validez y eficacia, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho así como las pertinencias de su enunciación sobre las pretensiones y excepciones del actor y del demandado..."*; sobre las pretensiones y excepciones del actor y del demandado, la Sala de instancia en el considerando CUARTO de su fallo estimó que: *"...A) En lo sustancial la demanda reprocha la no devolución de IVA que atribuye a una errada fundamentación de la administración, que se basa en la forma de consignación de ventas a exportadores; y la autoridad demandada señala que deben cumplirse los requisitos para que proceda la devolución, lo que el contribuyente no ha demostrado, pues no ha consignado datos en su declaración que así lo evidencie...";* Al respecto, este Tribunal de Casación considera que, si la actora solicitó que se deje sin ningún valor ni efecto la Resolución No. 109012007RREC006858 del 2 de mayo de 2007, expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, que resolvió negar el reclamo administrativo por devolución de IVA a proveedores de exportadores correspondiente al periodo junio de 2004, y si la Administración Tributaria se excepcionó negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, necesariamente correspondía al actor desvirtuar las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de la que gozan los actos administrativos, puesto que en la resolución impugnada, se establece que uno de los sustentos para negar la devolución del IVA a proveedores de exportadores es que: *"m) Que en vista que el Contribuyente no consigna en su declaración del Impuesto al Valor Agregado del mes de junio del año 2004 sus ventas en calidad de proveedor directo a exportadores, las mismas que debían constar dentro de las ventas grabadas con tarifa cero de IVA, y de acuerdo con las bases de datos que posee el Servicio de Rentas Internas, en las cuales se verifica que en el mencionado período el Contribuyente no realizó exportación alguna, esta Administración Tributaria, para efectos de modificar la liquidación constante en Resolución No. 109012006RDEV011622, utilizará el mismo factor de proporcionalidad ajustado que consta en la mencionada resolución"*; de lo que se infiere que al no haberse reportado las ventas a exportadores, se generó un factor de proporcionalidad de cero por ciento, y dado que este factor es utilizado por la Autoridad Tributaria para establecer en la Liquidación del IVA, el valor a devolver a proveedores de exportadores, da como resultado que el valor a devolver al

contribuyente sea igualmente de cero; se evidencia entonces que el factor de proporcionalidad es el resultado de la declaración del Impuesto al Valor Agregado efectuada por el contribuyente, siendo éste directamente parte de la litis. Así las cosas, el Tribunal juzgador en el considerando Quinto de la sentencia recurrida señala: *"...l) En la resolución impugnada, el "factor de proporcionalidad ajustado" en la liquidación de IVA según comprobantes es de 0%, lo que provocó que, pese a que la base imponible para devolución fue de US$ 64.332,42, el IVA a devolver sea de cero (página 16 de la resolución impugnada, foja 50 del expediente) Igual efecto tuvo la tabla de liquidación de ventas tarifa cero a exportadores (mismas página y foja), en que todos los valores están en blanco; J) Existe en el proceso únicamente información respecto al monto de ventas a exportadores (US$ 697.513,43, foja 310 del expediente, según informe del perito Robles, que puesto a conocimiento de las partes, no suscitó observación alguna de estas: fojas 311 a 312), sin embargo, no existe información referente a las ventas globales que permitan establecer el factor de proporcionalidad aplicable sobre la base imponible a devolver (o prueba que evidencie que el total de ventas de la compañía correspondía a venta a exportadores, o que los bienes adquiridos fueron usados exclusivamente para la producción de bienes que se exportan, que hubiera posibilitado considerar un factor de proporcionalidad del 100%), puntos que correspondía a la parte actora probar conforme al artículo 258 del Código Tributario. Por ello el factor de proporcionalidad de 0% señalado en la resolución no puede modificarse, dando el resultado de IVA a devolver de 0%..."*. Del texto transcrito se advierte que, la Sala juzgadora no ha resuelto lo que no fuera materia del litigio, pues en el Tribunal juzgador, hace un análisis del contenido del numeral 22 de la Resolución impugnada, en el cual la Administración Tributaria expone un cuadro de la liquidación del IVA en el que se observa que la Autoridad Tributaria ha consignado en el *"factor de proporcionalidad ajustado ventas IVA 0%"*, un valor del 0%, cuya consecuencia es que el valor para la devolución del IVA a proveedores de exportadores en cuestión, sea igualmente de cero, por lo tanto, el Tribunal juzgador al haber expuesto en sus consideraciones el factor de proporcionalidad que forma parte del controvertido, contenido en la Resolución impugnada, resolvió única y exclusivamente sobre los puntos sobre los que se trabó la litis y no sobre aquello, que según el recurrente, no fuera materia del litigio. De lo expresado, esta Sala Especializada determina que del análisis de la sentencia expedida, el Tribunal de instancia se pronunció sobre los puntos que fueron materia del litigio, considerando la pretensión alegada por el actor sobre la base del acto administrativo impugnado y que la Sala juzgadora, ha respetado los límites de la sentencia que lógicamente están fijados por las pretensiones de las partes, por lo que el fallo no evidencia el vicio de "*extrapetita*", es decir no ha incurrido en el hecho de decidir sobre pretensiones no formuladas en la demanda.

6. DECISIÓN

6.1 Por los fundamentos expuestos, 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:

7. SENTENCIA

7.1 NO CASAR la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2015, las 14h12, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, y se ratifica la validez de la Resolución No. 109012007RREC006858 del 2 de mayo de 2007, expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur.

7.2 Sin costas.

7.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2016

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

I

Resolución nro. 285-2016
Juicio nro. 87-2015-SSI

Juicio penal por peculado, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Diego Fernando Mora Rivera

SÍNTESIS

La Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig, aprobada legalmente por el ex Ministerio de Inclusión Económica y Social en el 2001, es intervenida en el año 2010, debido a una denuncia presentada por el defensor del Pueblo. Al revisarse los balances de la Cooperativa entre los años 2001 y 2010, se constatan múltiples irregularidades que resultaron en pérdidas de aproximadamente 77.800 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Durante el periodo en el que los interventores investigaron las actividades financieras de la Cooperativa, el señor Diego Fernando Mora Rivera, colaboraba en esta institución, en calidad de capacitador contable; mientras que, Gloria Narcisa Guarquila Bermejo, se desempeñaba como Gerente General. El procesado Diego Fernando Mora Rivera interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, el 25 de noviembre de 2014, que resolvió desechar el recurso de apelación interpuesto; consecuentemente se confirmó en su integridad, la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, el 10 de abril de 2014, que declaró la culpabilidad de Diego Fernando Mora Rivera, como encubridor del delito de peculado, tipificado y reprimido en el artículo 257, inciso primero del Código Penal y le impone la pena atenuada de un año de prisión correccional, atendiendo a que el procesado se presentó voluntariamente a la justicia y a que su conducta anterior al delito no revela que sea un individuo peligroso. El viernes 4 de octubre de 2014, el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, declaró a Gloria Narcisa Guarquila Bermejo -por los mismos hechos por los que se procesó a Diego Fernando Mora Rivera- autor responsable del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal. El 15 de febrero de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación interpuesto, por falta de fundamentación. De oficio se casa la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, por indebida aplicación del artículo 257, primer inciso, del Código Penal, debiendo en su lugar, haber aplicado el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal; enmendando dicho error de derecho, se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Diego Fernando Mora Rivera y de conformidad con el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, se deja sin efecto todas las medidas cautelares, reales y personales que pesan en su contra.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 87-2015-SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, lunes 15 de febrero del 2016, las 14:16.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.-

La Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig, aprobada legalmente por el ex Ministerio

de Inclusión Económica y Social en el 2001, es intervenida en el año 2010, debido a una denuncia presentada por el Defensor del Pueblo. Al revisarse los balances de la Cooperativa entre los años 2001 y 2010, se constatan múltiples irregularidades que resultaron en pérdidas por aproximadamente 77.800 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Durante el periodo en el que los interventores investigaron las actividades financieras de la Cooperativa, el señor Diego Fernando Mora Rivera, colaboraba en esta Institución, en calidad de capacitador contable; mientras que, Gloria Narcisa Guarquila Bermejo, se desempeñaba como Gerente General.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1 El procesado Diego Fernando Mora Rivera, interpone, oportunamente, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, el 25 de noviembre de 2014, las 10h00, que resolvió desechar el recurso de apelación interpuesto por el procesado Diego Fernando Mora Rivera[1]. Consecuentemente, se confirmó en su integridad, la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, el 10 de abril de 2014, las 15h18, que declaró la culpabilidad de Diego Fernando Mora Rivera, como encubridor del delito de peculado, tipificado y reprimido en el artículo 257, inciso primero del Código Penal y le impone la pena atenuada de un año de prisión correccional, atendiendo a que el procesado se presentó voluntariamente a la justicia y a que su conducta anterior al delito no revele que sea un individuo peligroso[2].

2.2 El viernes 4 de octubre de 2013, las 12h17, el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, declaró a Gloria Narcisa Guarquila Bermejo -por los mismos hechos por los que se procesó a Diego Fernando Mora Rivera- autora responsable del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal.

2.3 Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la resolución por escrito, para hacerlo se considera:

III. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

3.1 De conformidad con la resolución No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia y, el sorteo de ley efectuado el 02 de febrero de 2015, a las 09h52; el presente Tribunal de Casación, está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial[3]; la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, y el doctor Jorge M. Blum Carcelén Msc., Juez Nacional.

3.2 Las Juezas y Juez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal del año 2000, vigente hasta el 9 de agosto de 2014; y, de conformidad a las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

IV. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha presentado el recurso de casación corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal[4], publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

V. VALIDEZ PROCESAL

El presente recurso se ha tramitado conforme con lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos

[1] Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, f. 38
[2] Cuaderno del Tribunal Primero de lo Penal del Cañar, VI cuerpo, fs. 566, 567
[3] Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.
[4] Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA 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.

I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

VI. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

6.1 Diego Fernando Mora Rivera[5]

El doctor Héctor Valdivieso Brito, defensor del procesado señor Diego Fernando Mora Rivera, fundamenta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- En el año 2001 se formó la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig, época en que el economista Diego Fernando Mora Rivera trabajaba como funcionario del FEPP (Fondo Ecuatoriano Populorum Progressio). En el primer año, el economista Diego Fernando Mora Rivera apoyó a la Cooperativa, e hizo el primer balance correspondiente al segundo semestre del año 2001; a partir de entonces, el FEPP, dejó de tener incidencia en la organización, dejando que la misma trabajara de manera autónoma por varios años. Sin embargo, en el año 2009, varias cooperativas como la Cooperativa de Ahorro y Crédito Guachapala, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cacique Curitave, Cooperativa de Ahorro y Crédito Solidaridad Progreso Oriental y la Cooperativa de Ahorro y Crédito Sucursal Solano, solicitan al economista Diego Mora Rivera, realice los balances financieros, habiendo un problema: el MIESS (Ministerio de Inclusión Económica y Social) no tenía sede en Azogues y cuando presentaban los balances en la ciudad de Cuenca, como organismo regional, se les indicaba que era de otra provincia, por lo que estaban imposibilitados de presentar balances por varios años.
- La señora Gloria Guarquila Bermejo, Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig firma el 17 de mayo del 2009, un acta de compromiso con el economista Diego Mora Rivera, en la cual el hoy procesado, asume como obligación suya, elaborar los balances financieros de la Cooperativa de los años 2001 a 2009, para presentar en el MIESS. Pero, sucede que en la Cooperativa aparecen algunos problemas, que se decía habían sido cometidos por la gerente durante los años 2006, 2007 y 2008, por lo que el MIESS decide intervenir, designando al ingeniero Washington Vásquez Ortiz, como interventor, quien le exigió al economista Diego Mora Rivera, en el año 2010, firme los balances desde el año 2002 al 2009, que no estaban firmados por los Consejos de Administración ni Vigilancia, ni la Directiva de la Cooperativa.
- Existe un acto de mala fe por parte del señor Washington Vásquez Ortiz, por cuanto él denunció ante la Fiscalía de Azogues, involucrando al economista Diego Mora Rivera, inicialmente como coautor del delito, para seguidamente identificarlo como cómplice y finalmente en la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Azogues, se le sentenció como encubridor.
- Nadie puede delinquir sin voluntad ni conciencia y, en los años 2006, 2007, 2008, el economista no tenía ningún nexo laboral con la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig, por lo tanto, no puede responsabilizársele por hechos de terceras personas, pero los jueces, para llamar a juicio, presumen que el economista es el contador de la Cooperativa.
- Existe violación a la ley, en la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Azogues, que sancionó a Diego Fernando Mora Rivera, por el delito de encubrimiento tipificado en los artículos 157 al 159 del Código Penal.
- Solicitó aclaración de la sentencia de primera instancia y posteriormente, apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Cañar, para que se aplique lo establecido en el artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal, ya que no existe la figura del encubrimiento; y, al no constar como delito el encubrimiento debe aplicarse el principio universal de derecho *nullum crimen sine lege.*
- Los jueces del tribunal a-quo aplicaron el artículo 16.1 del Código Orgánico Integral Penal, cuando debió aplicarse los artículos 16.2 y 41 ibídem.

[5] Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 11

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Por sus propios y personales derechos, Diego Fernando Mora Rivera indica que no es el contador de la Cooperativa San Juan de Pindilig, como lo ha considerado dentro del proceso el perito nombrado por la Fiscalía, porque en ese entonces trabajaba como funcionario del FEPP, administrando recursos que se cobraban de los créditos a las organizaciones campesinas y nunca faltó ni un centavo. Apoyé en la elaboración de los estados financieros a la Cooperativa San Juan de Pindilig, para que no fuera sancionada por el MIESS. La Gerente de la Cooperativa, que fue sancionada en otra sentencia, juntamente con el Consejo de Administración y Vigilancia, son quienes se aprovecharon de la confianza de los socios, sin tomar en cuenta el principio de confianza.

6.2 Fiscalía General del Estado[6]

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, respecto a la fundamentación expuesta por el recurrente, en lo principal manifiesta que:

- La Corte Provincial de Justicia del Cañar, desechó el recurso de apelación presentado por el hoy procesado recurrente y confirmó en todas sus partes la sentencia condenatoria emitida por el tribunal a-quo, haciendo un estudio sobre el principio de favorabilidad, mismo que no procede, toda vez que la conducta está tipificada en el artículo 311 del Código Orgánico Integral Penal.
- El recurrente interpuso el recurso de casación con normas del Código Orgánico Integral Penal, a pesar de que los hechos se cometieron cuando el Código de Procedimiento Penal aún estaba vigente a esa época.
- La casación es un recurso técnico y extraordinario, que establece un análisis jurídico exclusivamente entre la sentencia y la ley, a fin de observar si en la sentencia que dictó la Corte Provincial de Justicia del Cañar se violó la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, indebida aplicación y errónea interpretación, lo cual no ha sucedido, debido a que el defensor técnico del recurrente solo refirió que no se ha aplicado el artículo 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, el principio de favorabilidad, remitiéndose más a hechos y no a errores de derecho, los cuales se cometieron cuando aún estaba vigente el Código Penal.
- No existe violación de la ley en la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Cañar; y, no se ha fundamentado el recurso de casación presentado por Diego Fernando Mora Rivera, en los términos estrictos que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita se deseche el recurso de casación.

VII. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN

7.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece 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: (...) 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."*

7.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".*

7.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que:

"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

[6] Ibíd., fs. 11 vta., 12

partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad"

7.4 El Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 09 de agosto de 2014, aplicable al presente caso, en el artículo 349 establece:

"Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.". Por su parte, el artículo 324 del Código Adjetivo Penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual, "las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código."

7.5 En este contexto, cabe indicar, que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, *"La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"*[7] o como lo sostiene Luis Tolosa Villabona, la casación solo, *"se puede formular por causales precisas previstas en la ley de forma expresa*[8]*".*

7.6 En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la decisión del caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe 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[9].

7.7 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el 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[10]*".*

7.8 La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP, 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 (...)"

7.9 En concordancia con la jurisprudencia señalada, varios doctrinarios se han ocupado de definir al recurso de casación, en similares términos, así, respecto a la naturaleza y alcance del recurso de casación, Luis Cueva Carrión señala que: *"...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."*[11].

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

---

7 Orlando Rodríguez Ch., Casación y *Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67.

8 Luis Armando Tolosa Villabona, "*Teoría y Técnica de la Casación"*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, 2005, p. 112.

9 Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuasés.

10 Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014 que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

11 Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

Por su parte, Fernando de la Rúa, precisa que: *"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"*[12], mientras que, Fabio Calderón Botero, expresa que: "*la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido"*[13] y también señala, parafraseando a Piero Calamendrei que: *"La casación no puede ser atendida sino por un tribunal especializado, y no implica una tercera instancia; es una prolongación extraordinaria del juicio para intentar el quebrantamiento del fallo, y no se basa sobre el derecho a obtener una nueva instancia, sino sobre el derecho a conseguir la anulación de una sentencia por determinados vicios inherentes a ella*[14]*."*

7.10 De los criterios jurídicos antes expuestos, se concluye, 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 la normativa adjetiva penal –contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, son solo estos errores *"in iudicando"*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación, sin que tenga competencia, para resolver y pronunciarse sobre otros errores, relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores *"in procedendo"*, los cuales tienen una vía de impugnación distinta a la de casación, esto es, nulidad y apelación, y más aún cuando, en el actual sistema procesal penal, previo a interponerse el recurso de casación, inexorablemente debió haberse agotado el recurso de apelación –segunda instancia-, ergo, existe ya un pronunciamiento, sobre aspectos relativos a errores en el proceso penal, y sobre los cuales no cabe volver, al encontrarse ya precluida dicha etapa procesal. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

VIII. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

8.1 Para que el recurso de casación, que es de carácter extraordinario, sea declarado procedente, requiere que el casacionista cumpla, en su fundamentación, de manera irrestricta, con todos los elementos exigidos legalmente.

Por otra parte, la tecnicidad que caracteriza al recurso de casación, impone sobre el recurrente la necesidad de establecer la causal por la que se ha violado la ley en la sentencia; criterio que ha sido ratificado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes términos:

"Por el principio dispositivo, establecido en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, 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[15]*."*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es procedente "cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación". Al ser la casación un recurso extraordinario, que requiere una motivación técnica en su interposición, el recurrente debe señalar qué norma ha sido violada y encuadrar dicha violación en alguna de las tres causales previstas en el artículo ejusdem, por lo que es obligación del recurrente establecer con exactitud si en la sentencia impugnada se produjo una violación a la ley por: **a)** contravención expresa de su texto; **b)** indebida aplicación; o, **c)** errónea interpretación.

[12] Fernando de la Rua, *El Recurso de Casación*, Víctor P. de Zavalía Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 1968. p. 20
[13] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en materia penal, Segunda edición, Ediciones librería del profesional, Bogotá, p. 2
[14] Ibíd., p. 4
[15] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Recurso de Casación, juicio No. 0311-2013-VR, el ciudadano Carlos Lautaro Torres Noboa contra la ciudadana Martha Cecilia Espín Maya y el ciudadano Lars Jorgen Krarup, de 8 de mayo de 2014. Las 09h00.

Siendo que cada una de ellas se configura con elementos específicos, el casacionista debe clarificar en su exposición en qué tipo de violación a la ley ha incurrido el tribunal de apelación. No es procedente, por tanto, acusar la violación, por las tres causales simultáneamente, de una norma jurídica invocada en la sentencia. Por ejemplo, indebida aplicación y errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; ni puede, así mismo, exhortar una causal diversa de las expresamente señaladas por la ley.

En el caso sub iúdice, el abogado defensor del recurrente señor Diego Fernando Mora Rivera, alegó, en la audiencia de fundamentación del recurso, que: *"...Existe violación a la ley en la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Azogues; (...) falta de aplicación del artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal; (...) falta de aplicación de los artículos 16.2 y 41 del Código Orgánico Integral Penal (...)".*

Cargos todos, que no son idóneos para acreditar una violación a la ley en la sentencia objetada, en tanto: se ha invocado un tipo de violación a la ley en la sentencia, que no está contemplado en nuestra legislación; y, en el caso restante, no se ha identificado qué disposición jurídica de carácter sustantivo o procesal fue violada, ni el tipo de violación en el que ha incurrido el tribunal ad-quem, limitándose a indicar meramente, que se ha violado la ley en la sentencia.

Con su fundamentación, la defensa técnica del recurrente, se restringió a narrar los hechos que considera han sido probados en la causa, lo que no compete a este recurso, que no puede actuar como una tercera instancia, revisando el elemento fáctico que ya ha sido establecido por los órganos jurisdiccionales que le antecedieron en el conocimiento de la causa.

En consecuencia, no ha sido precisado por el casacionista: **a)** La parte del fallo recurrido en el que se observe el error *in iudicando*; **b)** La norma supuestamente soslayada, en tanto, la simple mención de una disposición legal, no es suficiente para cumplir con esta exigencia, y **c)** Cómo la supuesta indebida aplicación de la norma procesal, sustantiva o constitucional, influenció en la decisión final; tal como le correspondía por imperativo legal, en aras de que el recurso interpuesto, sea admitido.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Nacional ha señalado que: "Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal[16]".

8.2 Empero, de la insuficiente fundamentación expuesta por la defensa técnica del procesado recurrente, en este punto, conviene precisar que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Tribunal de Casación, casar de oficio la sentencia objetada, en concordancia, con el principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresamente señala:

"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".

Dentro de este contexto, el Tribunal de Casación, procede al estudio del fallo impugnado.

El delito por el que fue condenado el procesado señor Diego Fernando Mora Rivera, en grado de encubridor, es el delito de peculado, contenido en el artículo 257, inciso primero, del Código Penal, que dice: ***"Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público***, *que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional".* [Las negrillas no corresponden al texto].

[16] Gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII. No. 1, p. 186.

A continuación, el presente Tribunal, efectuará un estudio de tipicidad del delito prescrito en el primer inciso del artículo 257 ibídem, para determinar si los hechos probados en juicio, que se describen en los antecedentes de hecho de esta resolución, pueden ser subsumidos a este delito:

- El verbo rector de este delito es "abusar", conducta que puede manifestarse a través de desfalco, la disposición arbitraria o cualquier forma semejante.
- El abuso debe favorecer al sujeto activo de la infracción o a un tercero, lo que implica una actuación dolosa.
- El sujeto activo del delito es calificado, es decir, no puede ser cometido por cualquier persona, sino por una a quien se le hubiera encargado un servicio público o por un funcionario público.
- En correlación con el apartado que antecede, el delito debe cometerse en un organismo o entidad del sector público.

En el casi *in examine,* el abuso se produjo en la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Juan de Pindilig, que por la naturaleza de su creación, es una institución del sistema financiero nacional privado; no es, por lo tanto, una entidad o una institución del sector público, sino una sociedad de derecho privado. Seguidamente, el señor Diego Fernando Mora Rivera no era servidor público, ni estaba encargado de un servicio público, el procesado, por el contrario, se desempeñaba como asesor contable externo de la Cooperativa.

En consecuencia, el primer inciso del artículo 257 del Código Penal no describe la presunta conducta punible cometida por el procesado recurrente Diego Fernando Mora Rivera. Ahora, es indispensable precisar que el artículo 257 del Código Penal consta de siete incisos y, es el inciso cuarto del artículo 257 ibídem, individualizado en la jurisprudencia ecuatoriana como peculado bancario[17]. Este tipo penal subsidiario, sí incluye en el tipo penal, como sujetos activos, a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado; ergo, éste debió ser el inciso seleccionado para condenar al procesado.

La indebida aplicación, se presenta cuando el juzgador al resolver, aplica una norma que no se adecua al caso concreto, es decir, los hechos probados no se subsumen a la norma aplicada, lo que da lugar a que se inobserve la disposición jurídica que verdaderamente correspondía. En definitiva, la norma seleccionada por el juez no regula los hechos fácticos materia de juzgamiento. Esto es justamente lo que ha ocurrido en el caso in examine, al haberse condenado al procesado por el artículo 257, inciso primero, del Código Penal.

Continuando con el análisis de los elementos típicos, ahora del peculado bancario, sin ser el objeto valorar la prueba, conviene resaltar el testimonio del Ing. Oswaldo Vásquez Ortiz, que consta en el considerando CUARTO de la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, y que dice:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[17] Ecuador, Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14., p., 4600.- El delito de peculado se halla tipificado en la legislación nacional desde 1837, para sancionar a funcionarios y empleados públicos que hayan abusado de dineros públicos entregados a su custodia. Sucesivas reformas extendieron la responsabilidad penal por peculado también a quienes abusen de fondos privados o de efectos que representen dinero, tales como títulos, documentos y bienes muebles, ya estén en su poder materialmente, ya en poder de administrarlos en razón del cargo, sea que el abuso implique beneficio personal o de terceros, determinándose como abuso el desfalco, la disposición arbitraria, la malversación de fondos, y formas semejantes; habiéndose posteriormente definido las circunstancias en las cuales la malversación constituye peculado, para después, suprimir la malversación como forma de peculado; y, luego tipificarse el peculado por uso de información reservada, por uso del personal de las entidades públicas, y el peculado por adjudicación o celebración de contratos de ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos sin cumplir requisitos legales. En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultados; y, últimamente a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios, ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de fondos, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos.

"...los comentarios recibidos hacen que implique al procesado como asesor de la Cooperativa pero no encuentra documento que acredite su asesoramiento, presionándolo a firmar algunos balances para legalizar en el MIES (Sic.) a la institución financiera..." [El subrayado no pertenece al texto].

En el considerando QUINTO de la misma resolución, se determina:

"El grado de participación atribuido a la actuación de Diego Mora rivera relativa a la complicidad, no tiene asidero, y así lo ha determinado el Tribunal de primera instancia, ya que en momento alguno se ha demostrado la participación indirecta o secundaria de aquel en la ejecución del delito, ni consta evidencia alguna de que ejerció un rol de responsabilidad inmediata o directriz en la Cooperativa San Juan de Pindilig cuando el delito se desplegaba, por esta razón, de manera correcta se encasilla su intervención en el encubrimiento...". [El subrayado no pertenece al texto].

Dentro de este orden de ideas, excluida la participación del procesado señor Diego Fernando Mora Rivera, en el grado de autor o cómplice, porque como lo establece el tribunal ad quem, no ejerció un rol de responsabilidad cuando el delito de peculado se cometía, resta analizar cómo el Tribunal de Apelación alcanzó la certeza de la responsabilidad del procesado, en el grado de encubridor, por el delito de peculado por el que la señora Gloria Narcisa Guarquila Bermejo, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Pindilig, fue declarada culpable en el grado de autora.

El tribunal ad quem, además del compromiso suscrito en el 2009 entre el señor Diego Fernando Mora Rivera y la Cooperativa Pindilig, para llevar sus estados financieros; destaca como prueba de cargo en contra del procesado, el testimonio del Ing. Oswaldo Vásquez Ortiz, interventor del MIESS, quien, empero, indicó que el casacionista señor Diego Fernando Mora Rivera, firmó los balances de los años 2002 al 2009, porque así él se lo solicitó, con la finalidad de regularizar legalmente la situación financiera de la Cooperativa.

El encubrimiento, de conformidad con el artículo 44 del Código Penal[18], norma aplicable al caso sub júdice, se configura cuando el sujeto activo realiza actos conducentes a ocultar los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión. En la presente causa, esos actos dolosos no han sido suficientemente probados; es decir, existe duda respecto de la participación del procesado señor Diego Fernando Mora Rivera, como encubridor, porque su actuar devino de un requerimiento formulado por un tercero (interventor del MIESS), que investigaba los hechos.

Al existir duda respecto de la responsabilidad del procesado como encubridor, el Tribunal de Apelación, debía aplicar lo dispuesto en el artículo 304-A del Código Adjetivo Penal, que prescribe:

Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.

La duda descrita en el artículo supra, debe favorecer indefectiblemente al procesado, por lo que corresponde a este Tribunal de Casación, aplicar la disposición que mejor conviene al caso, apegado a los hechos materia del presente recurso.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA**

[18] "Art. 44.- Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente".

REPÚBLICA, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, resuelve: Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Diego Fernando Mora Rivera, por falta de fundamentación. De oficio, se casa la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, por indebida aplicación del artículo 257, primer inciso, del Código Penal, debiendo, en su lugar, haberse aplicado el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal; enmendando dicho error de derecho, se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Diego Fernando Mora Rivera y, de conformidad con el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal[19], déjese sin efecto todas las medidas cautelares, reales y personales, que pesen en su contra. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase. f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc., JUEZ NACIONAL; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL.**

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[19] "Art. 311.- Absolución.- La sentencia absolutoria no puede estar sujeta a condiciones. Debe ordenar la cesación de todas las medidas cautelares y resolver sobre las costas".

II

Resolución nro. 511-2016
Juicio nro. 081-2015-JCC

Juicio penal por asesinato, seguido por el acusador particular Aníbal Ramiro Gordon Salcedo y la Fiscalía General del Estado contra Gerardo Arturo Ushiña Bolaños

SÍNTESIS

El 29 de agosto de 2013, a las 08h40 la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, llegó con sus dos hijos hasta las oficinas de Industrias Metálicas Gordon IMG, propiedad de su padre, donde ocupaba el cargo de Gerente Administrativa; estando con su padre, ingresó un sujeto desconocido, cuyo nombre es David Rosendo Yela Tufiño, quien sacó un arma de fuego y disparó contra la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, después de este hecho salió en precipitada carrera y se subió a un vehículo Hyundai Tucson que estaba estacionado a pocos metros de la empresa IMGA, vehículo que era conducido por el ciudadano Jonathan Lituma Pacheco. El vehículo fue rentado por Gerardo Ushiña Bolaños, quien entregó días antes del crimen al señor Jonathan Lituma, la cantidad de $ 4000,00 para pagar al señor David Rosendo Yela Tufiño, con el fin de dar muerte a la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar. Mediante sentencia de 11 de septiembre de 2014, las 08h31, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declara la culpabilidad de los procesados David Rosendo Yela Tufiño y Gerardo Arturo Ushiña Bolaños, en calidad de autores del delito de asesinato, tipificado y sancionado en los Arts. 450 numerales 1) 2) 9) y 42 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción y les impuso la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial a cada uno así como el pago de costas, daños y perjuicios. El sentenciado Gerardo Ushiña Bolaños así como el acusador particular, interponen recursos de apelación y nulidad ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que el 06 de enero de 2015, rechaza los recursos interpuestos por los sujetos procesales y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado. El sentenciado así como el acusador particular inconformes con el fallo del ad-quem interponen recursos de casación. El 17 de marzo de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado por el recurrente y aceptar el recurso de casación propuesto por la acusación particular, casando parcialmente la sentencia dictada por el ad quem por contravenir expresamente el texto del artículo 78 de la Constitución de la República, en el sentido de considerar que, a lugar la reparación integral a la víctima, particularmente en lo referente al daño inmaterial, bajo los parámetros establecidos en la norma constitucional referida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 081-2015-JCC

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO MPENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.
Quito, jueves, 17 de marzo de 2016, a las 10h11.
VISTOS:

1.- ANTECEDENTES

1.1. Mediante sentencia de 11 de septiembre de 2014, las 08h31, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declara la culpabilidad de los procesados David Rosendo Yela

Tufiño y Gerardo Arturo Ushiña Bolaños, en calidad de autores del delito de asesinato, tipificado y sancionado en los art.450 núm. 1) 2)9) y 42 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción y les impuso la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial a cada uno así como el pago de costas, daños y perjuicios.

1.2. El sentenciado Gerardo Ushiña Bolaños así como el acusador particular interponen recursos de apelación y nulidad ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que el 06 de enero de 2015, las 08h20, rechazan los recursos interpuestos por los sujetos procesales y confirman en todas sus partes la sentencia venida en grado.

1.3. El sentenciado así como el acusador particular inconformes con el fallo del ad-quem interponen recursos de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia

2.- RESEÑA FÁCTICA

Fue relatada de la siguiente manera por el *a-quo:*

"El 29 de agosto de 2013, a las 08h40 la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, había llegado con sus dos hijos hasta las oficinas de su padre llamada Industrias Metálicas Gordon IMG, mismas que está ubicada en la calle Alfredo Escudero S25-201 y calle La Mana, en el sector de Santa Rita al sur de esta ciudad de Quito y que es de propiedad del señor padre Aníbal Gordon, estando con su padre en el interior de estas oficinas ingresa un sujeto desconocido para él en ese momento y que hoy se conoce es el señor David Rosendo Yela Tufiño, y sacó un arma de fuego y disparó contra la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, después de este hecho salió en precipitada carrera y se subió a un vehículo HYUNDAI TUCSON color gris que estaba estacionado a pocos metros de la empresa IMG, vehículo que era conducido por el ciudadano Jonathan Lituma Pacheco, con él emprende inmediatamente la fuga después de que se realizara estos disparos en contra de la humanidad de la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, que el vehículo TUCSON, sin placas color gris fue rentado por Gerardo Ushiña, el mismo que entregó días antes del crimen al señor Jonathan Gustavo Lituma Pacheco, quien ofreció pagar USD. $ 4000,oo al señor David Yela para supuestamente efectuar un robo, en razón de que en la empresa IMG existían faltantes de dinero y el Contador General tenía problemas y tenía que justificar porque así lo había dispuesto la señora Mónica Alexandra Gordon Salazar, quien ocupaba a su vez el cargo de Gerente Administrativa de la empresa, que estando Jonathan Lituma en el interior de este vehículo le dice a David Yela, esto es el día de los hechos que el trabajo por el cual lo había llevado hasta este lugar consistía en dar muerte a una mujer que se encontraba en el interior de la oficina IMG, y previamente a que el autor material de este crimen ingresara a este oficina, se encontraba y salió del interior de la misma el señor Gerardo Ushiña, como señal para indicar el camino a tomar, (...) siendo lamentablemente el 29 de Agosto cruelmente asesinada de sus hijos y padre en las oficinas de su empresa..."[1]*. (sic)*

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art.182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2 La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de julio de 2013, que sustituyen a los arts. 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

3.3 El tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional

[1] Cfr. Cuaderno del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, fs. 718-719.

Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, señor doctor Luis Enrique Villacrés, Juez Nacional Y señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, que actúa con licencia concedida a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional mediante oficio No. 0051-SG-CNJ-MBZ de fecha de 19 de enero de 2016 suscrita por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

4.- TRÁMITE

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 del inicio del proceso, que para el caso, in examine, son las contenidas en el Código Penal así como el Código de Procedimiento Penal.

5.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el art.352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art.345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

5.1 Fundamentación por Parte del recurrente Gerardo Arturo Ushiña Bolaños, por parte de su abogado defensor Fernando Narváez Garcés

a) Manifiesta que, ha interpuesto recurso de casación de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a través de la cual se viola los art.450 Núm. 1)2)9), 30.3 y 4, del Código Penal así como el art.222 del Código de Procedimiento Penal.

b) Indica que, su defendido fue sentenciado por el cometimiento del ilícito previsto en el art. 450 núm. 1) 2) 9) del Código Penal, esto es con alevosía, lo que se conoce doctrinariamente como actuar sobre seguro buscando ciertas condiciones para para poder realizar el hecho delictivo, lo cual dista de la realidad, por cuanto el sentenciado Gerardo Ushiña fue acusado como autor intelectual del hecho, por lo que no podría haber buscado los mecanismos para actuar con alevosía e incluso de existir un acuerdo criminal, él llegaría hasta la petición de hacerlo mas no a la forma de como ejecutar el acto.

c) Sostiene que, esta agravante es propia del actor material por lo que, el tribunal *ad-quem,* indebidamente aplicó la norma contenida en el numeral primero del a art. 450 del Código Penal, en tanto que, el numeral segundo del mencionado artículo fue violado por cuanto no existió precio o promesa remuneratoria para la ejecución del acto, toda vez que, del testimonio del perito Gonzalo Reyes, parece que se crea un ítem de cuentas por cobrar "Gerardo Ushiña", el cual fue introducido con posterioridad a las hechos; por tanto, el precio y los pagos que se realizaron supuestamente desde la empresa y hacia el señor Chávez tuvieron siempre las órdenes del Gerente General.

d) Precisa que, no existe prueba dentro del proceso que permita establecer que el sentenciado realizó un pago al señor Yela, más aún que, Fiscalía desatendió lo prescrito en el art. 222 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, se presentó un computador por parte del señor Gerardo Ushiña para que se realice la extracción de toda la información epistolar generada entre el sentenciado y el señor Stalin Gordon, en donde constaba las autorizaciones realizadas para llevar a cabo los pagos, empero, únicamente se realizó una experticia que se limitó a extraer la copia de la pantalla de los documentos existentes.

e) Dice que, no se dio paso a la solicitud de información a la Superintendencia de Compañías, sobre los estados financieros de la empresa, puesto que, ésta Reportó en el año 2012 una pérdida de $680.000.oo dólares aproximadamente y en el año 2013 hasta agosto fue de $380.000.oo dólares, los cuales fueron imputados al sentenciado sin que exista prueba plena.

f) Explica que, tampoco se ha demostrado la circunstancia agravante contemplada en el art. 450.9 del Código Penal, esto es, que el delito se cometió para facilitar u ocultar otra infracción punible, por cuanto únicamente se presentó el testimonio del perito Gonzalo Reyes el cual no probó el desvío de fondos.

g) Señala que, el ad-quem indebidamente aplicó las agravantes constantes en el art. 30.3) y 4) del Código Penal, ya que la primera de ellas no está determinada para delitos comunes, sino direccionada a organizaciones que trabajan con gente armada y usan aquellos para cometer la información; mientras que, la segunda está encaminada a cometer el hecho aprovechando el despoblado, en la noche, en pandilla o abusando de la confianza dispensada por el autor; para el caso juzgado, el hecho criminoso no se demostró ninguno de estos presupuestos, más

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

aún que, del testimonio del señor Freddy Robayo se determinó que al momento en que sucedieron los hechos no existía ninguna persona fuera de las oficinas de Metálicas Gordon, esto significa que, Gerardo Ushiña jamás pudo abusar de la amistad y confianza de la víctima para llevarle hacia su victimario.

h) Arguye que, se violó el art. 4 del Código Penal en concordancia con el art. 76.7 b) de la Constitución de la República, por cuanto el juzgador al realizar una interpretación extensiva de la ley, no consideró la presencia de las atenuantes establecidas en el art. 29.6) y 7) del Código Penal, con lo cual debió haberse modificado la pena impuesta conforme lo establece el art. 72 ibídem ocasionando un perjuicio al recurrente.

i) Indica que, dentro de la investigación no se dio paso a algunas experticias, entre estas, la extradición de la información del computador que fue entregado por Gerardo Ushiña a las autoridades así como los estados financieros de la Empresa, prueba con la que, se demostraría la no responsabilidad del recurrente.

Solicita que, se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia del sentenciado y, en el supuesto no consentido de que, este Tribunal de Casación considere que se encuentra probada la responsabilidad de Gerardo Ushiña, se reforme la sentencia por indebida aplicación de los art. 450. 1) 2) 9) y 30.3) y 4) del Código Penal, por cuanto aquel dislate del juzgador, impidió que se modifique la pena acorde al mandato del art. 72 ibídem al verificarse la presencia de las atenuantes previstas en el art. 29.6 y 7 del cuerpo de Leyes citado.

5.2 Fundamentación del acusador particular Aníbal Ramiro Gordon Salcedo, por parte de su abogado defensor Cristian Molina

a) Manifiesta que, en la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha existe violación al art. 78 de la Constitución de la República en concordancia con el art. 309.5 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el ad- quem no ha considerado en su fallo la reparación material e inmaterial a que tiene derecho la víctima.

b) Relata que, si bien el derecho a la vida no puede ser cuantificado, empero, al existir dos niños que quedaron en la orfandad y que fueron testigos presenciales del crimen perpetrado en contra de la señora Mónica Gordon, se debe establecer un monto de reparación integral.

c) Precisa que, la acusación particular considera que existe una indebida aplicación de los artículos citados.

Finalmente insta a este Tribunal Pluripersonal a que se case la sentencia y se la reforma en lo que tiene que ver a la reparación integral.

5.3 Intervención del representante de la Fiscalía General del Estado, doctor José García Falconí

a) Señala que, el recurso de casación es técnico, extraordinario y limitado siendo obligación del recurrente no solo señalar las normas violadas, sino indicar como aquello influyó en la decisión de la causa, siendo en la especie, visible que el recurrente Gerardo Ushiña se ha referido a hechos más no a cuestiones de derecho.

b) Manifiesta que, la presentación expuesta por el recurrente sentenciado es contradictoria, por cuanto dice que su defendido es inocente pero por otro lado, arguye que se aplique las circunstancias atenuantes previstas en el art. 29.6) y 7) del Código Penal, razón suficiente para que sea desechado su recurso.

c) Exterioriza que, respecto al recurso de casación planteado por el acusador particular, avizora que la sentencia de segunda instancia contraviene el art. 78 de la Constitución de la República, por cuanto uno de los derechos que le asisten a la víctima es la reparación integral, la cual radica en dos rubros: la parte material consistente en los daños y perjuicios, es decir, daño emergente y lucro cesante; mientras que, la parte inmaterial es el daño subjetivo y objetivo, el cual no ha sido considerado por el juzgador.

d) Dice que, al ser éste un delito que causó alarma social, que contravino el art. 76.1 del texto constitucional, que dejó a dos niños en la orfandad debe establecer el derecho a la reparación integral de la víctima en los términos previstos en el art. 78 de la Constitución de la República.

Concluye solicitando que, se deseche el recurso interpuesto por el sentenciado y se acepte el recurso propuesto por la acusación particular, por existir una contravención expresa del art. 78 de la Constitución de la Republica.

5.4 Intervención del no recurrente David Rosendo Yela Tufiño, por parte de su abogado defensor público Diego Jaya

a) Manifiesta que, el señor David Yela contó con el patrocinio de la defensoría pública desde la audiencia de juzgamiento, sin embargo, no

impugnó la sentencia, a lo que se suma que existe la confesión del hecho imputado, por lo que en el presente caso, no existe afectación a sus derechos con las intervenciones realizadas por Gerardo Ushiña y la acusación particular.

El recurrente acusador particular, al ejercer su derecho a la réplica a través de su abogado defensor, expresó:

i. El casacionista actuó con alevosía lo que implica planificar el derecho, por cuanto dentro de la investigación se demostró que David Yela fue quien disparó mientras que Gerardo Ushiña fue quien le contrató para ejecutar la infracción, lo que le convierte en autor intelectual.

ii. Precisa que, con respecto a la agravante prevista en el numeral segundo del art.450 del Código Penal, el recurrente está confundiendo el tema a una pericia contable cuando el precio o promesa tiene otra perspectiva, más aún que, existe la reconstrucción de los hechos donde se establece que Jonathan Lituma ofreció $4.000.oo dólares al autor material por ejecutar la muerte de la señora Mónica Gordon, de lo cual se entregó $2.500.oo dólares, hecho que tenía conocimiento del señor Gerardo Ushiña.

iii. Indica que, respecto al numeral nueve del art. 450 del Código Penal, está debidamente acreditado en razón de que, en la empresa Metálica Gordon existía un desfalco por más de $320.000.oo dólares y éste fue el motivo por el que se dio muerte a la señora Mónica Gordon; más aún que, del testimonio del padre de la víctima se estableció que el 29 de agosto de 2013 se le pidió cuentas al señor Gerardo Ushiña por cuanto se detectó irregularidades en la parte contable.

iv. Dice que, con respecto a la agravante contemplada en el art. 30.3) 4) del Código Penal, se contrató a gente armada para la consumación del delito, más aún que, entre la víctima y el señor Gerardo Ushiña existió una relación de amistad por lo que se le contrata como Gerente Financiero.

v. Finalmente en cuanto a las pericias no practicadas señala que, este no es el momento procesal oportuno para analizar lo planteado, más aún que, el ad-quem declaró la validez del proceso e incluso el objeto de la pericia se cumplió a cabalidad lo cual fue ratificado a través del testimonio del perito solicitado por la defensa.

Insta a este Tribunal de Casación a que se rechace el recurso presentado por el recurrente sentenciado.

El recurrente sentenciado, al ejercer su derecho a la réplica a través de su abogado defensor, expresó:

i. El iter criminis de la infracción no se logró probar dentro de la audiencia de juzgamiento, más aún que, la versión depuesta por el señor David Yela a Fiscalía carece de valor probatorio, toda vez que, lo único que tiene valor es el testimonio rendido en juicio.

ii. Explica que, el art. 31.1 del Código de Procedimiento Penal señala los mecanismos para determinar daños y perjuicios.

iii. Dice que, no se ha demostrado la forma como el sentenciado abusó de la confianza de la víctima, pues esta debe ser principal en la ejecución del hecho y dentro del acervo probatorio no existe evidencia que, demuestre que esa amistad le haya llevado a tomar tal decisión.

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

6.1 Con respecto al recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir del que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia recibe en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero "*el error iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermeneútica. Se entiende que afecta a su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada*; y, por último, que desvirtúe su

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

hermeneútica, el interpretar incorrectamente su sentido(...)"[2]

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

En este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas: a) Contravención expresa de su texto, cuyo significado literal alude a "*obrar en contra de lo que está mandado*", es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de la existencia de la norma, y, ii) falta de consideración en su ámbito material de validez: tiempo y espacio. Bajo estas circunstancias la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero "por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente, puede implicar dolo o inexcusable ignorancia"; b) indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como "*error de subsunción*"; y, c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizado por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

6.2 De la fundamentación de los recursos, y vulneración legales invocadas por los recurrentes

Cuando la Corte de Casación analiza las pretensiones expuestas por el recurrente, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el art. 349 del estatuto procesal vigente a la fecha del hecho, conmina a que el recurrente señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían de fundamento para construir su pretensión.

Bajo ese orden de ideas este Tribunal de Casación advierte que, los ataques formulados por parte del recurrente sentenciado se encuentran en denunciar una indebida aplicación por parte del tribunal *adquem* de los art.450 núm. 1) 2) 9) y 30.3) y 4) del Código Penal, siendo a su juicio, pertinente la aplicación de las normas contenidas en el art.- 29.6) 7) y 72 del cuerpo de leyes citado; mientras que, la acusación particular pregona un error *in iudicando* bajo la modalidad de contravención expresa de los art. 78 de la Constitución de la República y 309.5 del Código de procedimiento Penal. Por lo anterior, este cuerpo colegiado, como metodología para responder los reproches contenidos en el libelo de las presentaciones, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

6.2.1 Sobre la indebida aplicación del art.450 núm. 1) 2) y 9) del Código Penal[3]

Cuando el ataque en sede de casación se promueve con fundamento en la causal correspondiente a

[2] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2ª ed, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985 p. 14.

[3] Código Penal "art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:
1ª.- Con alevosía;
2ª.- Por precio o promesa remuneratoria;(...)
9ª.- Como de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible..."

la indebida aplicación de la ley, es imprescindible que el recurrente demuestre que el juzgador "efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados por la disposición; luego el error recae en la escogencia de la norma aplicable"[4]

Para evaluar el caso in examine, es necesario considerar que, el delito de asesinato en la forma prevista en la legislación penal, constituye una derivación del tipo penal básico de "homicidio"; el cual se ejecuta con base a las circunstancias mencionadas en el art. 450 del Código Penal. De su tenor literal se desprende que "basta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato"[5]. Es así que, dentro del catálogo de circunstancias que califican al homicidio como asesinato, el ad-quem ha considerado como probadas las detalladas en los numerales 1) 2) y 9) del art. 450 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos.

Al respecto vale anotar que, en lo que tiene que ver a la "alevosía", ésta existe "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido"[6]; por tanto, el juzgador para su consideración en el plano causal debe constatar per se, la existencia de los siguientes presupuestos: i) normativo, por cuanto la alevosía se concreta en los delitos contra la vida e integridad personal, ii) objetivo, relacionado al *modus operandi* en que fue perpetrada la infracción y, iii) subjetivo en el sentido de que, tiende a asegurar la ejecución del ilícito sin riesgo para su autor eliminando la posibilidad de defensa del sujeto pasivo.

En efecto de la revisión del fallo impugnado se avizora que, el *ad-quem* a través de la valoración probatoria efectuada, logró determinar que en el caso sometido a juicio, concurre la existencia de alevosía por parte del recurrente, lo cual fue plasmado bajo el siguiente razonamiento "(...) si bien la definición doctrinaria de alevosía incluye la actuación sobre seguro, esta también involucra a cualquier forma de ejecución del hecho tendiente a asegurar el delito o lograr su impunidad, es decir sin riesgo para el autor, que en el caso, se verifica en el momento en que el procesado realizó el acto criminal por intermedio de otro (Yela – autor material), pretendiendo de esta forma evitar su directa responsabilidad, también observó, aguardó, planificó el hecho y dio información para que se consumara con la intervención de otras personas; además para asegurar el delito sorprendieron a la víctima y obraron sobre seguro, tratando de evitar el riesgo...".

Dicha disquisición jurídica es plenamente compartida por parte de este Tribunal de Casación, por cuanto la norma aplicada corresponde a la realidad procesal, ya que el hoy recurrente materialización su conducta sin exponerse a riesgo alguno, por cuanto su ejecución corrió a cargo de otra persona, lo cual, evidencia nítidamente que la finalidad del casacionista sentenciado era eliminar las posibilidades de defensa del sujeto pasivo.

Bajo este espectro, la siguiente censura que plantea el casacionista apunta a demostrar una indebida aplicación de la circunstancia constitutiva de la infracción prevista en el numeral segundo del art. 450 del Código Penal. No advierte, sin embargo, que tal postura dista de una argumentación sólida que lleve a esta Sala de Casación a apreciar un quebranto en la aplicación de la ley.

En el caso particular, se observa que el tribunal de segunda instancia respetó la realidad procesal, por cuanto conforme reza el considerando *QUINTO* del fallo impugnado aparece que, el ilícito fue perpetrado a través de precio o promesa remuneratoria, lo cual reviste carácter económico y debe mediar "una relación causal que va del precio a la muerte, y no al revés: esto es, la obtención del precio lo que determinará la verificación del asesinato. La ventaja, además, no proviene para el sujeto activo de la muerte del pasivo, sino que procede del inductor, a quien beneficiará la acción"[7]; de tal forma que, aquella circunstancia permite apreciar un mayor desvalor sobre el injusto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[4] Luis Moreno Rivera, La Casación Penal, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2008. P. 125.
[5] Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal: Parte Especial, 17ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 47.
[6] Gonzalo Quintero Olivares, Parte General del Derecho Penal, 4ª edición, Edit. Aranzadi, Madrid, 2010, p. 793.
[7] Manuel Cobo del Rosal y otros, Derecho Penal: Parte Especial, 3ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 543.

En efecto, este Tribunal pluripersonal estima que el móvil para la ejecución de la infracción tuvo como génesis una motivación económica, la cual fue llevada a cabo por el recurrente Gerardo Ushiña a través del ofrecimiento de la dádiva al ejecutor material del hecho criminoso, lo cual es resaltado plenamente en el fallo impugnado, en donde se detalla in extenso, los diversos elementos probatorios judicializados mismos que se corroboraron a través de la prueba material, testimonial y documental, que permitió demostrar la materialidad del comportamiento y la responsabilidad del acusado recurrente en el hecho punible que se le imputa.

Señala de igual modo el recurrente que "(...) existe una indebida aplicación del art. 450 núm. 9 del Código Penal, por cuanto no se pudo probar una desviación de fondos". A través de este argumento el recurrente pretende desconocer los hechos plasmados en el juicio, toda vez que, la circunstancia constitutiva de la infracción referida, se caracteriza por la conexión entre el homicidio y otro hecho, lo cual entraña un enlace ideológico, puesto que, el hecho de atentar contra la vida de una persona generado en la mente del autor, se vislumbra como un medio idóneo y útil para materializar sus maquinaciones delictivas.

Sobre este punto el ad- quem señaló en la sentencia que "(...) El Tribunal A-quo también mencionó como circunstancias constitutivas del delito a las contenidas en los numerales 2 y 9 del artículo 450 del Código Penal (...) y, la segunda (numeral 9), que se refiere a la realización del acto para facilitar u ocultar otro delito, que era el desvío de fondos determinando en la audiencia de juzgamiento..."; bajo este escenario resulta palmario que el recurrente sentenciado tratar de imponer su hipótesis sin contar con el sustrato jurídico que evidencia una incorrecta aplicación de norma legal alguna, en este empeño, el actor no alcanza a advertir que, el caudal probatorio denota que "(...) existió una cuenta que la empresa abrió a nombre del señor Gerardo Ushiña, que faltaba valores por contabilizar y que eso era un perjuicio para la empresa, porque todo lo que hizo mediante transferencias a sus cuentas personales y a terceros con cheques, nada tenía que ver con la operación contable (...) que en definitiva las transferencias bancarias estaban únicamente a cargo del señor Gerardo Ushiña (...) que abrieron una cuenta a nombre de Gerardo Ushiña denominadas cuentas por cobrar, que constaba con unos $280.000. oo, como faltante a su cargo...", de tal forma que, el móvil del asesinato fue efectivamente evitar que, la hoy occisa tuviera conocimiento del cometimiento de un presunto desfalco perpetrada a la Empresa Metálicas Gordon, donde ella fungía como Gerente Administrativa.

De esa manera, se observa que el casacionista no desarrolla el cargo que propone, de conformidad con lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que su pretensión es desestimada.

6.2.2 Sobre la indebida aplicación del art. 30 núm. 3) y 4) del Código Penal[8]

En efecto al tratar este reparo es necesario precisar que, dentro del marco de determinación de la pena, el juzgador se encuentra vinculado a unas reglas de origen, las cuales trazan su hoja de ruta en observancia de los postulados de legalidad y culpabilidad.

De conformidad con estos mandatos, y en atención a los principios rectores de dosificación punitiva reglados en nuestra marco constitucional y legal (dignidad humana-art.4 COIP; libre desarrollo de la personalidad- art. 66.5 CRE; proporcionalidad y razonabilidad- art.76.6 CRE), el juzgador al tasar la pena debe considerar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que no son "opciones normativas a libre disposición de los Tribunales, sino que, deben ser tomadas en consideración para disminuir o aumentar la pena"[9].

[8] Código Penal "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: (...) 3o.- Llevarla a cabo con auxilio de gente armada, o de personas que aseguren la impunidad: o tomando falsamente el título, las insignias o el nombre de la autoridad; o mediante orden falsa de ésta; o con desprecio u ofensa de los depositarios del poder público; o en el lugar mismo en que se hallen ejerciendo sus funciones; o donde se celebre una ceremonia religiosa de cualquier culto permitido o tolerado en la República; 4o.- Ejecutar el hecho punible buscando de propósito en despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la misma o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia ..." .

[9] Gonzalo Quintero Olivares, Op. Cit., p 781.

En este sentido el Código Penal vigente a la fecha del hecho, contemplaba dos catálogos correspondientes a las circunstancias atenuantes y agravantes, mismas que se encontraban descritas en los arts. 29 y 30 del cuerpo de leyes citado. El efecto de estas circunstancias se verifica en que, permiten al juzgador elevar o reducir el *quantum* de la pena, lo cual supone necesariamente mayores garantías para el sentenciado.

Del análisis de las actuaciones del tribunal *ad-quem*, se verifica que el juzgador, llego a la certeza de la responsabilidad del procesado en el cometimiento de la infracción descrita en el art. 450 de la ley de la materia; razón por la que, es condenado en el grado de autor o la acción prevista *ut supra*, siendo sancionado con una pena, de veinticinco años de reclusión mayor especial.

Para arribar a tal decisión, el juzgador verificó que el hecho fue perpetrado con la ayuda de gente armada o de personas que aseguren la impunidad así como abusando de la amistad y/o confianza que le dispensaba la víctima al autor, lo cual consta en el considerando *QUINTO* del fallo impugnado, bajo el siguiente razonamiento "(...) mientras que la agravante contenida en el numeral 3 del artículo 30 del Código Penal, se refiere a la ayuda de gente armada; y, la agravante que estipula el numeral 4 ibídem, se relaciona, con el abuso de la amistad o la confianza que se brindó al autor (intelectual), por lo cual tuvo acceso directo a la víctima, pudo realizar la planificación anterior y ejecutar el hecho ...".

Lo dicho por el *ad-quem* en su disquisición permite a este cuerpo colegiado concluir que, las circunstancias agravantes tienen como característica principal la incidencia directa en la determinación de la pena, por cuanto influyen sobre alguno de los elementos del delito, aumentado su intensidad y produciendo, en consecuencia, una dilatación del *quantum* punitivo, el cual por mandato legal no puede exceder de treinta y cinco años.[10]

Bajo esta consideración esta. Sala de Casación observa que, el panorama descrito por el ad-quem, se ajusta a lo dispuesto en las normas legales censuradas, por cuanto resultado palmario que al momento de la ejecución de la infracción el sentenciado Gerardo Ushiña se valió de David Yela- autor material – el cual según los hechos fijados en las respectivas instancias, se encontraba armado y al momento de detonar el arma de fuego, sale en precipitada carrera del lugar con el fin de no ser descubierto, con lo cual se aseguraría la impunidad del hecho, es decir, que éste quede sin castigo.

Siendo así, la dosificación punitiva realizada por el *ad-quem* se ajusta a los parámetros legales, en razón de que, al verificarse la concurrencia de más de una circunstancia agravante contemplada en el art. 30 del Código Penal, el – *quantum* de pena a imponerse no pude sufrir una reducción conforme lo prevé el art. 72 ibídem, consecuentemente la sanción impuesta corresponde al grado de reproche del injusto penal.

Con base en lo anterior el cargo propuesto está llamado a no prosperar.

Como corolario a lo expuesto, es de anotar que, el reproche argüido con respecto a la violación directa del art. 222 A del Código de Procedimiento Penal[11], constituye un alegato de instancia que se circunscribe a errores *in procedendo*, lo cual no es objeto de estudio en sede de casación, más aún que, este Tribunal de Casación verifica que, en el desarrollo del proceso se respetó el principio de igualdad, de tal manera que el procesado se le permitió todo auto de defensa lo cual incita al desarrollo del "Estado constitucional de derecho y justicia".

Entonces, las censuras propuestas al no tener la entidad suficiente para socavar el fallo impugnado, son desestimadas, *ipso iure*, por este cuerpo colegiado.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[10] Código Penal, "art.-85. En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes: 3.- Cuando concurran varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor. Cuando concurran varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años...".

[11] Código de Procedimiento Penal, "art. 222 A- intervención del ofendido.- El ofendido puede solicitar al Fiscal los actos procesales que considere necesarios para comprobar la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado. Si para obtenerlo se requiere la orden judicial, el Fiscal la obtendrá del Juez de garantías penales. Si el Juez de garantías penales considera que los resultados de la instrucción fiscal no amerita el auto de llamamiento a juicio, podrá activar el proceso. Para el caso de los delitos penados con reclusión, el Juez de garantías penales tiene la obligación de elevar en consulta su providencia a la Corte Superior de Justicia, que será confirmada o revocada por el inmediato superior".

6.2.3 Sobre la indebida aplicación de los art. 78 de la Constitución de la República[12]

Previo a entrar a dilucidar la alegación formulada esta Corte de Casación considera pertinente realizar las siguientes precisiones.

Como se sabe, los delitos tienen en su tejido social dos actores nítidamente identificados: autor y víctima[13], los cuales han ocupado un papel central en el derecho penal.

Sin embargo, al retrotraernos a los albores de la ciencia penal encontramos que la víctima mantenía una posición hejemónica por cuanto, monopolizaba el ejercicio de la venganza privada; empero, debido a la evolución al derecho penal y al ejercer la titularidad del *ius puniendi* el Estado, su papel se reduce ostensiblemente hasta convertirse en un personaje olvidado.

Bajo este aspectro, la preocupación por la situación de la víctima cobra importancia a partir de la década de los ochenta, donde emerge una rama de estudio denominada "Victimológia", la cual abarca tres áreas de conocimiento: "la información acerca de las víctimas por medio de las encuestas de victimización; el estudio de los derechos de las víctimas en el proceso penal; y, la atención asistencial y económica de las mismas"[14].

En el ámbito interno la preocupación por la víctima ha sido positivizada por nuestro ordenamiento jurídico, a tal punto que, la Constitución de la República incluye preceptos encaminados a proteger los derechos de la víctima, siendo uno de ellos, la figura de la reparación integral.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acebedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175, ha dicho que:

> Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial.

A tono con lo expuesto, la Corte Constitucional de Ecuador en sentencia No. 135-14- SEP-CC, Caso No. 1758-11-EP de fecha 17 de septiembre de 2015, sustenta lo dicho supra, bajo el siguiente razonamiento:

> La concepción de reparación integral, introducida a partir de la Constitución de 2008 va más allá de la forma tradicional en la que se entendía a la remediación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos constitucionales, es así, que bajo esta figura, se busca alcanzar una reparación de orden material e inmaterial.

De especial trascendencia resulta lo dicho, por cuanto la reparación integral desde la cosmovisión de nuestro texto constitucional, efectiviza el resarcimiento pleno de la víctima a través de los distintos medios y recursos previstos en la legislación, lo cual aúna esfuerzos para concretar los objetivos del sistema penal.

Para precisar aún más lo dicho, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-715 / 12 de 13 de septiembre de 2012 bajo la ponencia del doctor Luis Vargas Silva, ha señalado que:

> Acerca del derecho a la reparación, la Corte ha determinado que (i) las reparaciones tienen que ser integrales y plenas , de tal manera que en lo posible se garantice *restitutio in integrum,* esto es, la restitución de las víctimas al estado anterior al echo vulneratorio, y que (ii) de no ser posible la restitución integral y plena se deben adoptar medidas tales como indemnizaciones compensatorias. Así mismo, (iii) la CIDH ha determinado que la reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido, (iv)que debe reparar tanto los daños materiales como inmateriales, (v) que la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como

[12] Constitución de la República, "art. 78.- Las victimas de infracciones penales gozaran de protección especial, se les garantizará su no revigtimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptaran mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, en conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales".

[13] Véase Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, "Art. 1.- "Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, perdida financiera o menos cabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso del poder".

[14] Ignacio Gómez de la Torre y otros, Op.Cit., p. 577.

medidas de rehabilitación, y (vi) que la reparación de detener un carácter tanto individual como colectivo, este último a medidas reparatorias de carácter simbólico.

Con base en lo procedente podemos decir que, esta nueva forma de ver la política criminal, permite inferir que las víctimas tienen intereses adicionales a la reparación económica, los cuales apuntan al esclarecimiento de la verdad sobre los crímenes y la aplicación de la justicia a los responsables.

Justamente del fallo impugnado se observa que el *ad-quem* en su resolución se circunscribe a considerar que "no se ha podido determinar el monto por daños y perjuicios por lo cual debe aplicarse lo dispuesto en el numeral 1 del art.31 del Código de Procedimiento Penal", pasando por alto que, a pesar que en esta clase de infracciones el ideal de la *restitutio in integrum*, no alcanza su punto más álguido, se debe mitigar y compensar en la justa medida el daño ocasionado, alejando la desigualdad y discriminación para lo cual el juzgador debe considerar no sólo el aspecto patrimonial o material sino el aspecto moral entendido como "(...) los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia."[15], por lo que, debe disponer la adopción de las medidas necesarias tendientes a efectivizar este rubro.

Atento a lo expuesto, este juzgador pluripersonal considera que el ad-quem trasgredió la ley de forma directa, contraviniendo expresamente el art.78 de la Constitución de la República, al no considerar en su resolución el aspecto inmaterial que lleva ínsito la reparación, puesto que, la misma posee una dimensión integral que "no puede verse aislada, sino como un conjunto de acciones destinadas a restituir los derechos de la víctimas y proporcionar a los beneficiarios suficientes elementos para mitigar el daño producido por las violaciones, promover su rehabilitación y compensar las pérdidas"[16].

Bajo estos presupuestos y al verificar per se, que la sentencia impugnada adolece de un error *in iudicando*, este Tribunal de Casación, 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, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con los dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad:

RESUELVE

1) **Declarar** improcedente ve recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado Gerardo Ushiña Bolaños, al no haberse demostrado cual es la violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
2) **Aceptar** el recurso de casación propuesto por la Acusación Particular, y corrigiendo el error *in iure* en que incurre el fallo impugnado, se **casa parcialmente** la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de fecha 06 de enero de 2015, la 08h20, por contravenir expresamente el texto del art.78 de la Constitución de la República, en el sentido de considerar que, a lugar la reparación integral a la víctima, particularmente en lo referente al daño inmaterial, bajo los parámetros establecidos en la norma constitucional referida.
3) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.

Notifíquese, cúmplase, y publíquese. Actúe la doctora Ximena Quijano Salazar, en calidad de Secretaria Relatora.

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; Dr. Marco Maldonado Castro CONJUEZ NACIONAL.

[15] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio vs Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2013, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.90.

[16] Carlos Martín Beristain, Díalogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos, Tomo II, IIDH, San José, C.R..2008, p.14.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III

Resolución nro. 529-2016
Juicio nro. 176-2015-SSI

Juicio penal por estupro seguido por francisco Cruz Quinatoa Toabanda, contra Victor Alfonso Daquilema Toabanda

SÍNTESIS

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 13 de noviembre de 2014, dicta sentencia confirmatoria de inocencia del procesado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, por el delito de estupro en la menor D.L.Q.Q., de 15 años de edad, por considerar que no se ha probado ninguno de los elementos constitutivos del tipo penal acusado. De esta sentencia el ofendido F.C.Q.Q., interpone recurso de apelación. El Tribunal de la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, emite su sentencia con fecha 22 de enero de 2015, aceptando el recurso de apelación, revoca la sentencia dictada por el tribunal a-quo y declara la culpabilidad del señor Víctor Alfonso Daquilema Toabanda en calidad de autor del delito de estupro, tipificado en el artículo 509 del Código Penal y sancionado en el artículo 510 ibídem, imponiéndole la pena de un año de prisión, disponiendo además el pago de daños y perjuicios en la cantidad de 5.000 dólares. De la referida sentencia, el procesado interpone recurso de casación. El 21 de marzo de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado por el acusado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, por cuanto la fundamentación no ha sido clara, y resulta insuficiente, pues no se ha demostrado ante el Tribunal, violación a la ley que deba declararse; y se casa de oficio la sentencia en los siguientes puntos: a) Por contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, pues existe favorabilidad, en cuanto a que el tipo penal previsto en el artículo 167 ibídem, ha eliminado el elemento seducción del tipo penal estupro, lo que es favorable para el recurrente; y, b) Por contravención expresa del artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que obliga a todas las autoridades y en el presente caso a Jueces y Fiscales a considerar el interés superior del niño, para el caso, la obligación de contar con el criterio de la adolescente sobre la acción, pues se relaciona con sus derechos sexuales y reproductivos; consecuentemente se casa la sentencia de oficio por indebida aplicación del artículo 509 del Código Penal y se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Víctor Alfonso Daquilema Toabanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 176-2015-SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, 21 de marzo de 2016.- Las 09H25.-
VISTOS.-

En razón de que el presente juicio penal, versa sobre un delito de violencia sexual, en atención a lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución de la República[1], y al principio de privacidad y confidencialidad, previsto en el artículo 5.20, del

[1] Art. 78 "Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de

Código Orgánico Integral Penal[2], a lo largo de esta resolución, el nombre de la víctima y familiares directos, serán reemplazados por sus iniciales.

1. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1. El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 13 de noviembre de 2014 a las 16:20 horas, dicta sentencia confirmatoria de inocencia del procesado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, por el delito de estupro en la menor D.L.Q.Q., de 15 años de edad, por considerar que no se ha probado ninguno de los elementos constitutivos del tipo penal acusado. De esta sentencia el ofendido F.C.Q.Q., interpone recurso de apelación.

1.2. El tribunal de la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, al que le ha correspondido conocer el recurso interpuesto, emite su sentencia con fecha 22 de enero de 2015 a las 09:09 horas, aceptando el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia dictada por el tribunal a-quo, y declara la culpabilidad del señor Víctor Alfonso Daquilema Toabanda en calidad de autor del delito de estupro, tipificado en el artículo 509 del Código Penal y sancionado en el artículo 510 ibídem, imponiéndole la pena de un año de prisión, disponiendo además el pago de daños y perjuicios en la cantidad de 5.000 dólares.

1.3. De la referida sentencia, dentro del término legal interpone recurso de casación el procesado, y una vez que este Tribunal de Casación ha dado el trámite de ley, corresponde emitir el fallo respectivo.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Consejo de la Judicatura, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, procedió a la renovación parcial de un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, habiendo designado, mediante resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, a siete nuevos Juezas y Jueces Nacionales, quienes se posesionaron el 26 de enero de 2015. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 28 de enero de 2015, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituyó el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, mediante sorteo realizado el martes 24 de febrero de 2015, a las 08:39 horas, designó el tribunal de casación competente para la presente causa, quedando integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los doctores Vicente Robalino Villafuerte y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales, estos últimos quienes avocan conocimiento.

3. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, le son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esto es, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal[3].

4. VALIDEZ PROCESAL

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas

intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales."

[2] 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: (...) 20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales."

[3] 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.

generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto, Libro Cuarto, del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

5.1. VÍCTOR ALFONSO DAQUILEMA TOABANDA[4].- El abogado Gilberth Xavier Cabezas Garzón, en representación del procesado recurrente, fundamenta su recurso de casación en los siguientes términos:

- Con fecha 20 de enero de 2015, se realizó la audiencia de apelación en la Sala de la Corte Provincial de Bolívar, donde los Jueces decidieron revocar la sentencia del tribunal penal que había ratificado el estado de inocencia de su cliente, imponiéndole una pena privativa de libertad de un año.
- Para justificar la pertinencia de este recurso es necesario hacer notar que los jueces de la Corte Provincial al dictar la sentencia violaron y aplicaron de forma errónea e indebida lo siguiente: De acuerdo al artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, el titular de la acción pública es la Fiscalía; en el presente caso, la señora Fiscal al estar de acuerdo con la sentencia emitida por parte del Tribunal Penal, no apeló dicha sentencia sino quien apeló fue el acusador particular.
- Los señores jueces de la Sala Penal, en uno de sus mayores puntos de motivación se basan en que en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, es irrelevante; pero si bien es cierto con el anterior Código Penal, indicaba que el estupro es la cópula con una persona empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento; pero la Sala pensó que no se trataba de un delito de estupro sino de un delito de violación.
- Los señores jueces al momento de motivar su sentencia y resolver, juzgaron a su cliente aplicando indebidamente el artículo 5.2) del Código Orgánico Integral Penal, esto es no se tomó en cuenta el de favorabilidad, en relación a lo que el verbo rector seducción, fue expulsado del Código Integral Penal actual, ya que la Fiscalía intentó probar que su cliente sedujo, pero nunca logró probar que engañó.
- De fojas 5 del primer cuerpo del expediente, consta la acusación particular, misma que no se sigue por el delito de estupro, sino más bien por el delito de rapto tipificado en el artículo 530 del Código Penal.
- La Corte Provincial, aplicó de indebida forma el delito por el cual se estaba siguiendo.

5.2. FISCAL GENERAL DEL ESTADO[5].- La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, por el principio de contradicción, en lo principal manifiesta:

- El abogado de la defensa no ha ubicado su alegación sobre la sentencia que corresponde, emitida por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, y corresponde a esta sentencia el análisis casacional.
- Ha señalado que considera que la Corte actuó o cometió errores de derecho en forma errónea e indebida. El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establece cómo se maneja la casación y además determina cuales son las causales por las que puede proceder un recurso de casación las mismas que son excluyentes entre sí, y no concomitantes; por lo tanto una norma no puede tener a la vez una errónea interpretación y a la vez indebida aplicación; por lo tanto, desde allí parte el equívoco sobre el recurso casacional.
- Además ha dicho que esta violación legal en forma errónea e indebida se produce porque Fiscalía no apeló sino la acusación particular. Es verdad, sin embargo cabe señalar que en la audiencia de juicio la Fiscalía sostuvo el cometimiento del hecho delictivo y hubo acusación Fiscal, que es la que posteriormente se sostuvo en la audiencia de apelación.
- Luego ha señalado que existe error en el tipo penal porque el consentimiento de la víctima es irrelevante, que la Corte pensó que era

[4] Expediente de la Corte Nacional de Justicia, Acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 10 a 10 vta.
[5] Ibídem., f. 10 vta. a 11.

violación, y que no se tomó en cuenta el principio de favorabilidad; pero no explica cómo esas normas han sido violadas; por qué se viola el principio de favorabilidad, el Fiscal realizó la teoría del caso sobre los elementos probatorios que pudo encontrar en su investigación y, de acuerdo a la norma constitucional procesal y a las normas de derecho, de instrumentos internacionales que han sido suscritos por el Ecuador, la calificación jurídica de todos los hechos que pone en conocimiento el Fiscal, corresponde exclusivamente al Juez, ya que es el único funcionario facultado para administrar justicia, no el Fiscal, ni los otros sujetos procesales; más bien se ha ido hacia cuál ha sido la posición del Fiscal en las dos etapas.

- No se ha señalado cuáles son los errores, no del Fiscal sino de la sentencia.
- La casación exige que se haga una comprobación entre lo que está escrito, y se contraste con las normas constitucionales y legales y es desde ahí donde parte un error de derecho, y sin embargo no existe esta argumentación.
- Se ha dicho que se confunde el tipo penal, que no es violación sino estupro, pero revisada la sentencia de la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte de Bolívar, y considera que primero cumple con el estándar de motivación, pues ha hecho un análisis de los hechos en relación con la prueba que ha sido incorporada, pero además también en relación con las normas jurídicas y los principios que se relacionan al debido proceso y al derecho penal en general, y luego, no hay confusión de la Sala, esta siempre ha hablado del delito de estupro y sobre él ha realizado la argumentación y motivación respectiva.
- Fiscalía estima que bajo los condicionamientos y las alegaciones formuladas no puede determinarse o establecerse que el recurso ha sido fundamentado, sino todo lo contrario debería desecharse el recurso, ya que no ha existido ningún tipo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1. Sobre el Derecho a Recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7, literal m), establece 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: (...) 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 recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice:

> *"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 consta en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé que:

> *"(...) 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 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].

6.2. Naturaleza Jurídica del Recurso de Casación: La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis in iure de la sentencia de segunda instancia para

[6] Sentencia N° 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso N° 2230-11-EP.

determinar posibles violaciones a la ley, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la misma, o por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal[7].

El recurso de casación forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales, constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de la tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas que de manera formal y material sustentan sus disposiciones.

La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, referidos anteriormente.

La Corte Constitucional, se pronunció acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación de la siguiente manera:

"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[8]".

Por su parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el 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"*[9].

Sobre este recurso Luis Cueva Carrión señala que:

> *"[...] el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes[...]"*[10].

Orlando Rodríguez citando a Roxin establece que:

> *"La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida (...)"*[11].

Sobre la misma línea, Claría 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*

[7] "El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación (...)".
[8] Sentencia N° 001-13-SEP-CC, dictada el 06 de febrero del 2013, en el caso N° 1647-11-EP.
[9] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 444-2014.
[10] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146.
[11] Orlando A. Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 18.
[12] Ibídem, pp. 19.

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]*".*

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]*".*

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 la normativa adjetiva penal, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, esto es contravención expresa de la ley, indebida aplicación, o errónea interpretación; es respecto a estos errores *"in iudicando",* sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación. Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. 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 RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

7.1. Conforme lo analizado anteriormente, se desprende que los cargos casacionales pueden ser de tres clases, esto es contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la misma en la sentencia, o errónea interpretación de la ley. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en varios de sus fallos ha explicado a qué se refieren estas causales, señalando:

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 los hechos que ha considerado probados, tras la valoración de la prueba, guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa;* ***b)*** *Indebida aplicación; que existe cuando el juzgador ha 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;* ***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.*

7.2. De la fundamentación del recurso.- Dentro de este contexto, se observa que el recurrente señala que se habría aplicado la ley en forma errónea e indebida, sin realizar una argumentación jurídica clara y suficiente que sustente el recurso y que muestre a este Tribunal de Casación de qué manera se habría producido error in iudicando en la sentencia, pues señala que habría una indebida aplicación, sin especificar de qué norma, por el hecho de que Fiscalía no apeló de la sentencia, sino que fue únicamente acusación particular quien lo hizo; sin embargo, no hay norma que se hubiera inobservado, que obligue a esta Institución (Fiscalía) a recurrir de los fallos, siendo su facultad ineludible, eso sí, de acusar cuando considere que se ha cometido

[13] Ibídem, pp. 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.

una infracción, o de abstenerse de hacerlo en el caso contrario, situación que sí se ha cumplido en el presente caso[16].

Señala también, que *"(...) la Sala pensó que no se trataba de un delito de estupro sino de un delito de violación"* (sic), sin explicar en forma suficiente el fundamento de su alegación, a más de omitir cuál sería la clase de violación a la ley en que el tribunal ad-quem habría incurrido, ni qué norma de derecho se habría inobservado.

Señala que se ha aplicado indebidamente el artículo 5.2. del Código Orgánico Integral Penal, por no haberse tomado en cuenta el principio de favorabilidad, lo que resulta un contrasentido, pues como se indicó anteriormente, para que exista una aplicación indebida, se requiere que determinada norma haya sido aplicada, y en el presente caso refiere el recurrente que por el contrario la norma no se ha aplicado.

En conclusión, la fundamentación realizada por el procesado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, no ha sido clara, a más de ser insuficiente; es decir, no se ha realizado una argumentación precisa, que se requería para demostrar al Tribunal de Casación violación a la ley en la sentencia, por lo que se declara la improcedencia del recurso.

7.3. De la sentencia recurrida.- Por otra parte, revisando la sentencia en estudio, encontramos que el tribunal de apelación, en su sentencia, en el considerando NOVENO, "Análisis de la Sala", realiza un breve estudio de lo que constituye el recurso de apelación y de normas que debe tener en cuenta para resolver, enuncia mínimamente doctrina referente a temas de carácter sexual, para luego entrar en el estudio del acervo probatorio.

En cuanto a las pruebas que ha tomado en cuenta, en el mismo considerando señala las siguientes:

> *"5.- La perito médico Myriam Liliana Tierra Arévalo, quien en su testimonio expone: 'haber practicado el reconocimiento médico legal de la menor D.L.Q.Q., de 15 años y dos meses de edad, a fecha 18 de febrero del 2014, quien le ha referido que estaban viviendo con Víctor Daquilema en Durán en la casa de un amigo de él, que ahí tuvieron relaciones sexuales por su propia voluntad, desde el 18 de febrero de forma frecuente; en el examen general refiere haber encontrado laceración en ángulo anterior de labios menores, ruptura blanco nacarada a nivel 8 y 11 de acuerdo a las manecillas del reloj y concluyen que es una persona de sexo femenino, de 15 años de edad, que presenta ruptura antigua de himen más traumatismo reciente'.- 6.- Testimonio de la Psicóloga Clínica: Diana Elizabeth Fierro Pazmiño, quien expone: 'haber practicado una valoración psicológica de D.L.Q.Q., la que refirió que el día martes 18 de febrero del 2014, en horas de la tarde vuelve a su centro de estudios, se encuentra con su enamorado el señor Víctor Daquilema de 23 años de edad, conversan. En varias ocasiones el sujeto le ha propuesto salir a vivir juntos a lo que la adolescente se ha negado, sin embargo el 18 de febrero ella acepta irse con él y en horas de la noche se dirigen a Durán, sin dar aviso a sus familiares. Comenta que el sujeto se comunica con un amigo y su esposa quienes les dejan que habiten como cuidadores de una casa. Dos días después se comunica con su madre para comunicar la decisión que ha tomado. Manifiesta que el día que llegan a Durán mantienen relaciones sexuales por cuanto ya viven juntos. Regresa con sus padres para cumplir con una diligencia el 18 de marzo y volver a donde se encuentra su pareja, sin embargo sus padres insisten en no dejarla ir, por lo que no se ha comunicado con el sujeto desde entonces. Refiere que actualmente se siente mal y llora con frecuencia por cuanto desea regresar al sitio donde está su pareja. En los resultados de la valoración dice la Psicóloga entre otras cosas que se denota sintomatología depresiva, frustración, desaliento, ansiedad y agresividad y que se hace evidente su inmadurez emocional por la desarmonía entre el intelecto y la emoción. En la conclusión manifiesta: que actualmente se evidencia dependencia emocional hacia su pareja y la separación ha conllevado a tener sintomatología depresiva"* (sic).

[16] Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador: *"La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (...)".*

Continúa el juzgador de instancia con la enunciación de lo que constituye el delito de estupro, tanto en nuestra legislación, cuanto para la doctrina, llegando a las siguientes conclusiones:

"Los medios.- Expresamente el Código señala que debe haberse empleado la 'seducción' o el 'engaño', para obtener el consentimiento de la víctima. El primer término es demasiado amplio, pues se refiere a toda clase de requerimientos, halagos, ruegos, promesas, caricias, utilizados para conseguir la aceptación de la relación sexual. Engaño tiene un sentido más restringido, pues se refiere siempre a una falsa representación de la realidad, que puede versar sobre la naturaleza y consecuencias del acto sexual, sobre la ilicitud del mismo, sobre la identidad y condiciones del sujeto activo, sobre sus propósitos, incluyendo en este caso la falsa promesa de matrimonio. En todo caso ***el Código ecuatoriano exige necesariamente estos medios. Otros códigos establecen la seducción presunta, cuando la víctima tiene determinada edad****. Una nueva contradicción genera, en este punto, la reforma a la que se ha hecho tantas veces referencia. En ella se incluye el artículo ya citado, conforme al cual el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante.* ***Aplicando esta norma, una vez establecida la edad, siempre habría el delito, aunque no se haya empleado la seducción o el engaño'****. Es decir, que el consentimiento proporcionado por la ofendida D.L.Q.Q., para mantener relaciones sexuales voluntarias, con el acusado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, es irrelevante en el presente delito sexual de estupro, acorde a lo que dispone el Art. 528.17 del Código Penal, (...); según la partida de nacimiento de D.L.Q.Q., se establece que al momento de los hechos tenía 15 años de edad (fs. 32); motivo por el cual , las argumentaciones realizadas por el sentenciado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, en esta Sala, referente a que efectivamente mantuvo relaciones sexuales con la ofendida fueron con su consentimiento y de mutuo acuerdo voluntario y que actualmente se encuentran casados, no se las considera conforme lo señalado precedentemente, por cuanto son estrategias tendientes a evadir su responsabilidad"* (el resaltado y subrayado no son parte del texto).

Sobre lo expresado por el tribunal ad-quem, es necesario realizar las siguientes puntualizaciones; el delito de estupro, para el presente caso, se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 509 del Código Penal, que señala:

> *"Llámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento"*

De los hechos fijados, no existe duda alguna de que existieron las relaciones sexuales entre el acusado y la menor, esto por la prueba practicada y de lo manifestado por el procesado y la ofendida, quienes no niegan esta situación; el problema surge al momento de referirse a los medios empleados para que este delito se produzca, los cuales son la seducción o el engaño.

De la norma transcrita se observa que nuestro Código Penal exigía la presencia de la seducción o el engaño, siendo el primero de los términos, según Carlos Creus:

> *"(...) medios halagadores, expresa o tácitamente engañosos (pero sin desfigurar el carácter sexual del acto) o que implicaran todo un proceso de convencimiento"*[17].

En cambio, Fontán Balestra, al referirse al engaño manifiesta:

> *"Debe sentarse, en principio, que no todo el engaño es susceptible de tener relevancia como medio en el estupro. Es necesario que el fraude de que el sujeto activo se valga, produzca en la mujer una decisión orientada hacia el acto sexual, por la seguridad de las intenciones rectas del que ha de ser su concubino. (...) Una de las formas más comunes de engaño y de la que se ocupan la mayoría de los autores, es la que está constituida por la promesa de matrimonio, de que se vale el actor, para lograr el acceso carnal con su supuesta prometida"*[18].

Contrastados estos conceptos con la sentencia in examine, encontramos que la Sala de Apelación no ha hecho referencia a que se hubiere probado el medio "engaño"; por el contrario, sostiene su decisión en la denominada "seducción presunta" (sic), limitándose a manifestar que se ha probado que la víctima, al momento de los hechos tenía 15 años de edad, y que el consentimiento en esta clase de delitos es irrelevante, por lo que declara al procesado culpable del delito de estupro.

Conforme consta de la prueba, la menor señala ante la perito Diana Fierro, Psicóloga Clínica, que

[17] Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Astrea, Sexta Edición, Buenos Aires, 1998, p. 188.
[18] El Delito Sexual – El Aborto, Estudios de Derecho Penal Especial, Editorial Jurídica Bolivariana, 1994, pp. 198 a 199.

el acusado en varias ocasiones le ha propuesto salir a vivir juntos, a lo que ella se ha negado, hasta que el día 18 de febrero ha aceptado esta propuesta, es decir estos hechos reflejan la existencia del medio seducción, habiendo llegado a mantener relaciones sexuales entre ellos.

Sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal, al darle el nuevo tratamiento a este delito de estupro, señala en su artículo 167 que:

> *"La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años".*

Norma de la que se desprende que la nueva ley penal vigente en el país, ya no contempla como un medio para la realización de este delito a la seducción, sino exclusivamente al engaño, el cual en el caso que se estudia, no se ha probado, claro está, dicho engaño debe estar encaminado a conseguir que se dé el núcleo del delito o verbo rector que es tener relaciones sexuales.

El Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 5.2, los principios generales que rigen el proceso penal, y dentro de ellos, el de favorabilidad; así, dicha norma prevé:

> *"**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: (...)*
>
> *2. **Favorabilidad:** en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción".*

Respecto al delito de estupro encontramos las normas previstas en los artículos 509 del Código Penal y 167 del Código Orgánico Integral Penal, que prevén:

Art. 509 Código Penal	Art. 167 Código Orgánico Integral Penal
Llámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.	La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En efecto, como podemos deducir al comparar los textos de los artículos en mención, los elementos que constituyen el tipo penal estupro, se han disminuido en la nueva normativa, eliminándose por lo tanto de la tipicidad de este delito los mismos, concretamente el elemento "seducción", lo cual se traduce en que la aplicación de la norma prevista en la nueva ley, resulta más favorable a los infractores, por lo que correspondía a los juzgadores de instancia su aplicación, esto en conjunción con el artículo 16.2 ibídem que dispone:

> ***"Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.-** Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: (...)*
>
> *2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia".*

En consecuencia, este Tribunal de Casación encuentra que se ha producido por parte del juzgador ad-quem, una contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, pues como quedó indicado, existe favorabilidad en la nueva norma por cuanto el artículo 167 ejusdem, no contempla como elemento del delito a la seducción, situación que a claras luces resulta favorable para el procesado.

Por otra parte, es importante analizar lo que establece el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 11:

> ***"El interés superior del niño.-** El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.*
>
> *Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.*
>
> *Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.*
>
> *El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla".*

De la disposición legal que se acaba de transcribir, se desprende que es obligación de las autoridades públicas, cumplir a cabalidad las normas atinentes a este principio, en especial teniendo en cuenta el equilibrio de que habla el artículo en estudio, entre derechos y deberes u obligaciones; dentro de las situaciones que prevé esta disposición, se encuentra la obligación de escuchar la opinión del menor, siempre que el mismo se encuentre en condiciones de expresarla, es decir en la capacidad psicológica de entendimiento.

En el presente caso, según se desprende de la prueba, en especial de lo referido por la Psicóloga Clínica Diana Fierro Pazmiño, la menor D.L.Q.Q., ha manifestado su deseo de volver con su pareja, resultando afectada por esta situación de separación, pues manifiesta la perito que como resultado de la valoración, muestra *"sintomatología depresiva, frustración, desaliento, ansiedad y agresividad"*, y *"actualmente se evidencia dependencia emocional hacia su pareja y la separación ha conllevado a tener sintomatología depresiva"*.

La Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, en su sentencia desatiende lo manifestado por la menor en cuanto a su deseo de continuar su relación con el acusado Víctor Alfonso Daquilema Toabanda, con quien considera que ha establecido una relación de pareja permanente, así como también desestima lo manifestado por el procesado en cuando a dicha relación, considerando únicamente que son estrategias tendientes a evadir la responsabilidad.

Este Tribunal de Casación, entiende que es obligación de Jueces y Fiscales, escuchar a la menor en sus asuntos de su interés, conforme al artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, esto es en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos; situación que no se ha cumplido por parte del tribunal ad-quem, el que le ha negado esos derechos que la ley otorga a la adolescente, por lo que considera que se ha producido también una contravención expresa de la norma referida.

En virtud de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad,

RESUELVE:

1. Declarar improcedente el recurso de casación planteado por el acusado VÍCTOR ALFONSO DAQUILEMA TOABANDA, por cuanto la fundamentación no ha sido clara, y resulta insuficiente, pues no se ha demostrado ante este Tribunal, violación a la ley que deba declararse.
2. Casar de oficio la sentencia en los puntos analizados ut supra, esto es: a) Por contravención expresa del artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, pues existe favorabilidad en cuanto a que el tipo penal previsto en el artículo 167 ibídem, ha eliminado el elemento seducción del tipo penal estupro, lo que es favorable para el recurrente; y, b) Por contravención expresa del artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que obliga a todas las autoridades y en el presente caso a Jueces y Fiscales, a considerar el interés superior del niño, para el caso la obligación de contar con el criterio de la adolescente sobre la acción, pues se relaciona con sus derechos sexuales y reproductivos; consecuentemente, se casa la sentencia de oficio por indebida aplicación del artículo 509 del Código Penal, y se ratifica el estado de inocencia del ciudadano VÍCTOR ALFONSO DAQUILEMA TOABANDA.
3. Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el expediente al tribunal que lo remitió a esta Corte, para los fines legales pertinentes.- Actúe el doctor Carlos Iván Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.- **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Vicente Robalino Villafuerte; JUEZ NACIONAL; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV

Resolución nro. 675-2016
Juicio nro. 1870-2014-VR

Juicio penal por atentado al pudor, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Charles Wilson Cango Cajamarca

SÍNTESIS

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, en sentencia de 16 de mayo de 2014, dictó sentencia confirmando el estado de inocencia del procesado Charles Wilson Cango Cajamarca, al no haberse establecido de manera suficiente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del mencionado ciudadano, acusado de atentado al pudor. El hecho acusado por la Fiscalía, se presenta cuando el procesado, quien se desempeñaba como párroco de la Iglesia de Cristo, el día 8 de febrero de 2013 en la casa parroquial de la Iglesia del barrio Motupe, somete al menor NNN, quien se desempeñaba como monaguillo, a la práctica de sexo oral, sin llegar al acceso carnal, en el mes de abril vuelve a efectuar estos actos sexuales, repitiendo la acción el 23 de junio de 2013, ocasión en la que el ofendido se defiende. La Fiscalía presenta recurso de apelación. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en sentencia de 29 de octubre de 2015, acepta el recurso interpuesto, revoca la sentencia subida en grado y declara la culpabilidad del procesado como autor del delito de atentado al pudor, previsto y sancionado en el artículo innumerado agregado al 504 del Código Penal, en atención al principio de favorabilidad, le impone la pena de siete años de privación de la libertad contenida en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, por considerarla benigna. El procesado interpone recurso de casación. El 7 de abril de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1870-2014-VR

Juez Ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, Distrito Metropolitano, 07 de abril de 2016, las 08h30.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

1.1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, en sentencia de 16 de mayo de 2014 las 10h06, dictó sentencia confirmando el estado de inocencia del procesado Charles Wilson Cango Cajamarca, al no haberse establecido de manera suficiente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del mencionado ciudadano, acusado de atentado al pudor.

1.2. La Fiscalía presentó recurso de apelación. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en sentencia de 29 de octubre de 2015, las 14h25, aceptó el recurso interpuesto, revocó la sentencia subida en grado, declaró la culpabilidad del procesado como autor del delito de atentado al pudor, previsto y sancionado en el artículo innumerado agregado al 504 del Código Penal, y en atención al principio de favorabilidad, le impuso la pena de siete años de privación de la libertad contenida en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, por considerarla benigna.

1.3. El procesado interpuso recurso de casación.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Casación, avocó conocimiento de la causa en providencia de 19 de enero de 2015, las 08h30.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes la integramos.

3. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que ha iniciado el procesamiento, corresponde aplicar las reglas vigentes a tal tiempo, esto es la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014; por lo que se fundamentó el recurso en audiencia oral, reservada y de contradictorio.

Vigente en su totalidad el Código Orgánico Integral Penal, desde el 10 de agosto de 2014, respecto de la tipificación y la punición del acto, encontramos que se mantienen los supuestos fácticos, por los que se punió al procesado:

Código Penal	Código Orgánico Integral Penal
Art. ...- Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.	**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. Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Por lo tanto no cabe aplicar, en lo que respecta al tipo penal, los artículos 5.2, 16.2 y 17 del Código Orgánico Integral Penal, que dicen:

> **"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:
> [...]
> 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.
> [...]"
>
> **"Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.-** Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:
> [...]
> 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.
> [...]"
>
> **"Art. 17.- Ámbito material de la ley penal.-** Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia."

Se ha observado la normativa constitucional[1] y legal[2] aplicable a la sustanciación de los recursos de casación, por lo que se declara válido lo actuado por este Tribunal.

[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. [...]"

[2] COFJ: **"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."
CPP- **"Art. 349.-Causales.**- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación (¬) No serán admisibles los pedidos a volver a valorar la prueba."

4. LOS HECHOS QUE CONOCIÓ EL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Conforme consta en la sentencia de apelación, la Fiscalía expuso:

> "TERCERO.- ANTECEDENTES: A) El hecho acusado por la Fiscal Dra. Viviana Ordóñez, se contrae a lo siguiente; que el presente es un caso de abuso sexual al menor de 14 años de edad Darío Xavier Maldonado Pereira, por parte del procesado Charles Wilson Cango Cajamarca, mismo que se desempeña como párroco de la Iglesia de Cristo Sacerdote, de la parroquia Motupe del cantón Loja; que el acusado el día 08 de febrero de 2013 en la casa Parroquial de la Iglesia del barrio Motupe, somete al menor Darío Xavier Maldonado Pereira, el mismo que se desempeñaba como monaguillo en dicha Iglesia y le practica sexo oral, sin llegar al acceso carnal, que en el mes de abril vuelve a efectuar estos actos sexuales por tres ocasiones y se repite el 23 de junio de 2013, que esta vez el ofendido se defiende y empuja al procesado y regresa a su casa [...] C).- En el desarrollo del juicio oral y al momento de fundamentar su apelación, la fiscal alega que no se ha valorado adecuadamente el testimonio del ofendido, ya que por parte del Tribunal a quo se ha indicado que existen presuntas contradicciones en dicho testimonio, que con esto no concuerda la fiscalía, puesto que dicho testimonio es sólido, consistente y ha sido corroborado por otras personas e incluso concuerdan con hechos presentados por la misma defensa del procesado; que no se ha tomado en cuenta la edad del ofendido (13 años) al momento de ser objeto del primer ataque sexual; que así mismo se ha desestimado el testimonio de la Dra. Cecilia Hidalgo, respecto de sus actuaciones como evaluadora en el presente caso; que se ha manifestado que el menor ofendido tenía motivos para emprender en un acto que dañara al procesado, motivado por un presunto hecho de cambio habitación y el retiro de una computadora; que el tribunal a quo hace alusión a la existencia de dos computadoras que han sido aperturadas, sin considerar que solamente en una, como lo ha acreditado la víctima en su testimonio anticipado se ha encontrado contenido pornográfico gay y a horas en que solo su propietario tenía acceso a ella, tal como lo sostiene la testigo de la defensa Fanny María Judith Cabrera, la que ha indicado que el acusado se quedaba solo entre las nueve a diez de la noche en la casa parroquial. [...] [Sic]

La Corte de Apelaciones luego de analizar la prueba, como es su facultad, concluyó.

> "[...] SÉPTIMO: En el presente caso es menester dejar en claro que no se ha encontrado huellas físicas por la particularidad de las circunstancias y medios utilizados por el agresor para el quiebre de la voluntad de la víctima, y más concretamente de que no se pueden esperar lesiones cuando el medio delictivo consiste en una práctica genitálica-bucal, que es lo que dice el menor que ha sufrido por parte del presunta agresor; por lo tanto, la prueba material es en este caso es irrelevante, ya que la presunta víctima manifiesta que fue objeto de abuso por parte del acusado cuando se encontraba debilitado por efectos la enfermedad que dice estaba sufriendo cuando sucedieron los hechos, y no mediante el uso de la violencia, es decir no fue sometido en forma violenta lo que es suficiente se para desechar, como en efecto desecha esta Sala, que el acusado hubiere usado la violencia para someter a su víctima; OCTAVO: Sin embargo, como la ausencia de huellas o secuelas físicas podría encontrar explicación en que fue consentido el acto que se juzga, hay que tener en cuenta la edad de la víctima (trece años), según consta de la partida de nacimiento fs. 131 de los autos, la misma que da cuenta que el menor Maldonado Pereira Darío Xavier, es nacido el 26 de febrero de 1999, es decir al 8 de febrero de 2013, en que se dice que se produjeron los hechos tenía 13 años, tornando en irrelevante su consentimiento; al no existir huellas se hace necesario valorar el testimonio de la víctima en cuanto afirma haber sido objeto de atentado contra el pudor por parte del padre Charles Wilson Cago Cajamarca y que este le practicó sexo oral aprovechándose que se encontraba enfermo y que no tenía fuerzas para defenderse. Con este fin es necesario tener en cuenta (i) que en este tipo de delitos su testimonio es, de manera general, de altísimo valor incriminatorio, no sólo respecto de la responsabilidad del acusado, sino también respecto de la existencia misma del delito; (ii) que, siendo la sana crítica el método valorativo de las pruebas que impone seguir nuestro sistema procesal y particularmente el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, la aceptación o no, de un testimonio como elemento o prueba incriminatoria o exculpatoria, depende, de manera general, de la fuerza de convicción que ofrezca por su coherencia con las reglas de la lógica, con la experiencia común y, en determinadas circunstancias, con los dictados de la ciencia; (iii) que, en cuanto a la valoración de la prueba en casos de delitos sexuales, la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera ha señalado reiteradamente que en estos casos no se puede exigir testigos directos y que el testimonio del perjudicado es importante y de alto valor incriminatorio; (iv) siendo casi siempre la víctima el único testigo en los casos de delitos sexuales, es preciso atender a ciertas cautelas, que son: Ira. Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones previas entre sujeto activo y pasivo (autor y víctima), de las que se pudiera deducir que el segundo actúa con móviles de resentimiento o enemistad; 2da. Corroboración del testimonio de la víctima, con datos que contribuyan a la verosimilitud del mismo; y 3ra. Solidez en las manifestaciones de la víctima, es decir, que

sean persistentes, sin cambios sustanciales, sin ambigüedades ni contradicciones: NOVENO: Analizado el testimonio de la víctima bajo la perspectiva expuesta, es posible concluir que el mismo goza de credibilidad y fuerza de convicción, y, por lo tanto, es suficiente como prueba del delito y particularmente como prueba de que el acusado le practicó sexo oral [...]. DÉCIMO: Es decir la Sala encuentra que el testimonio de la víctima es verdadero, ya que en el mismo No se encuentran contradicciones ni motivaciones espurias, así como tampoco encuentra motivos para creer en los dichos de la defensa, en el sentido de que Dario Xavier Maldonado sea un chico mentiroso que pretende dañar al acusado, así como tampoco se encuentra motivos para creer que el entorno familiar en que vive la víctima sea el desencadenante para que se invente los hechos que se juzga; por el contrario se encuentra que la convivencia del menor en la iglesia Cristo Sacerdote bajo la regencia del acusado Charles Wilson Cango Cajamarca, fue negativa, ya este le da de tomar licor, (botella y media de vino) y que incluso este le sugiere al menor que abandone sus estudios, ya que por estar dedicado a las actividades laborales como monaguillo en dicha iglesia había bajado su rendimiento en el colegio y en el mes de mayo se retira del colegio [...] También hay que tomar en cuenta la carta firmada por Jandry Iñiguez y dirigida a P. Wilson Cango [...]; esto unido los videos de carácter pornográfico homosexual encontrados en la computadora del acusado y que fuera periciada oportunamente, demuestra las inclinaciones sexuales del acusado y corrobora el testimonio del menor ofendido; DÉCIMO PRIMERO: Atento lo expuesto, esta Sala concluye que lo probado es un caso de atentado contra el pudor conforme el Art. 504.1 del Código Penal, y el acusado debe responder por este delito por los siguientes motivos: A) Porque esta Sala declara como hechos probados y ciertos que el acusado realizó actos impúdicos que afectaron el sentimiento de moralidad sexual de la víctima; B) Porque la conducta del acusado se subsume a la hipótesis prevista en el 504.1 del Código Penal [...] DÉCIMO SEGUNDO: Como la pena debe individualizarse bajo criterios de proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias personales del acusado y la lesividad de la conducta, para hacerlo tiene en cuenta esta Sala que nos encontramos frente a una conducta lesiva y gravosa de un sacerdote que ejercía autoridad sobre un monaguillo que estaba a su servicio y bajo su autoridad, que había dejado la casa de sus padres para ir a prestar sus servicios en la iglesia y que además a pedido del propios acusado habría abandonado sus estudios de colegio; por lo que la sala observa que existen las agravantes constantes en el Art. 30.1 numerales 2, 7, 8, 9 y 11 del Código Penal. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN EL NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, RESUELVE: A).- Aceptar la apelación interpuesta por la fiscalía; y, B) Revocar la sentencia subida en grado, declarando la culpabilidad del acusado CHARLES WILSON CANGO CAJAMARCA, como autor del delito de atentado contra el pudor previsto y sancionado por el Art. 504.1 del Código Penal; pero aplicando el principio de favorabilidad, le impone la pena de SIETE AÑOS de privación de la libertad contenida en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, por ser más benigna; con los efectos del Art. 60 del Código Penal" [Sic]

5. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

5.1. Fundamentación del recurso de casación propuesto por el ciudadano Charles Wilson Cango Cajamarca, por parte de su abogado defensor, doctor Galo Ortega Criollo, quien dijo:

i. En la sentencia de la Corte de Apelaciones existe contravención expresa del texto del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, indebida aplicación del artículo 86 del mismo cuerpo legal; e, indebida aplicación del artículo 504.1 del Código Penal.

ii. El Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja, dictó sentencia absolutoria a favor de su defendido; en virtud del recurso de apelación que dedujo la Fiscalía, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la revocó la sentencia subida en grado y dictó una condenatoria.

iii. Existe una indebida aplicación del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal por cuanto no se ha comprobado conforme a derecho la materialidad de la infracción, ya que el fallo recurrido se sustenta en el testimonio rendido por la presunta víctima, el acta reducida a escrito en la que consta el testimonio del presunto ofendido no contiene las firmas de responsabilidad de las personas que asistieron a ese acto.

La Fiscalía omitió reproducir el audio y video del testimonio anticipado en la audiencia de juicio, mismo que hubiera servido para verificar si efectivamente los dichos de la presunta víctima que constan en este testimonio son los que verdaderamente manifestó en esa diligencia.

El examen médico legal manifestó que no existen lesiones traumáticas en el cuerpo del menor, ni tampoco en la regional anal.

iv. La teoría del caso del procesado, es que el "menor de edad", llevado por alguno de los antecedentes que se suscitaron en el convento, acusa a su representado. El victimario en primer lugar busca ganarse la confianza de la víctima, para después de ello aprovecharse de esa confianza y poder cometer su delito, que no es lógico que en apenas unas horas de haberlo conocido haya podido abusar del menor.
La supuesta víctima a la fecha de los hechos tenía catorce años de edad, era un adolescente deportista "seleccionado de la provincia de Loja en la especialidad de halterofilia es decir levantamiento de pesas", por lo que "la condición física del menor es mucho más fuerte que la del sacerdote".

v. "el menor" ha relatado que su defendido le habría inutilizándolo al darle una sopa, se sintió incapaz de moverse y el sacerdote le práctico sexo oral; no es creíble que después de este acto la supuesta víctima manifestó a sus padres que él quería irse a vivir en el convento, "esta situación escapa de la lógica racional, que una persona que está siendo abusado busque ir a vivir en la casa del presunto agresor".
"el menor" ha aseverado que en reiteradas ocasiones fue abusado por el sacerdote, pero nunca expresó esos abusos a otras personas, lo hizo cuando se le quitó los privilegios como coordinador de monaguillos y se designó a otra persona. La supuesta víctima, fue increpada por parte de otros monaguillos de pretender sustraerse las limosnas de la iglesia, "esto consta debidamente comprobado con los testimonios presentados como prueba de descargo", estos hechos le obligaron a retirarse de la casa parroquial.
Cuando es retirado del colegio, su madre iba a castigarlo físicamente por algunos hechos que se estaban suscitando en su casa, y "para evadir el castigo físico que le dice a su madre que él hace esa cosas porque ha sido abusado sexualmente por el sacerdote".

vi. Existe indebida aplicación del artículo 504.1 del Código Penal, para que se configure el delito es trascendental el sometimiento, que no existió, no se ha probado que se haya suministrado sustancias para incapacitar al "joven deportista", para luego ser abusado por el sacerdote; en consecuencia no se ha probado la materialidad de la infracción; por ello, existe también indebida aplicación del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, que exige que los Jueces tengan la certeza de la existencia material del delito y de la responsabilidad.

vii. En el presente caso cabe una duda razonable, la falta o insuficiencia de la prueba de culpabilidad equivale a una prueba de confirmación de la inocencia. La sana crítica que aplican los Jueces de segunda instancia es ajena y totalmente confrontable con las reglas de la lógica, no es creíble el hecho de que una persona que fue abusada, decida por su propia voluntad y en contra del criterio de los padres ir a vivir en la casa del victimario. "no existe la prueba suficiente para demostrar la materialidad de la infracción."

Con estos argumentos, solicitó se case la sentencia impugnada y se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

5.2. La Fiscalía, contestó:

i. Se ha expuesto que la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación ha contravenido expresamente el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la motivación; no existe falta de motivación, en los considerandos diez al doce, el Juzgador de instancia hace el correspondiente análisis y expresa las cuestiones de hecho y de derecho aplicables al caso y a la culpabilidad, llegando a establecer con certeza que el procesado Charles Congo Cajamarca, es el autor del delito de atentado al pudor tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal.

ii. Sobre la existencia de una contravención expresa del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, de la lectura de la sentencia impugnada se aprecia que los Juzgadores con lógica, con la experiencia que tienen y con conocimiento jurídico, llegaron a establecer la existencia tanto de la materialidad de la infracción como de la responsabilidad del sentenciado. La materialidad del delito ha sido expresada y analizada en el considerando quinto de la sentencia, haciéndolo en virtud del testimonio anticipado del menor ofendido, "este testimonio conforme lo establece artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 11 y 258 del Código de la Niñez y Adolescencia, tiene preeminencia testifical por el principio de interés superior del menor; y, de los hechos cometidos por el sacerdote en contra del menor que se desempeñaba como su monaguillo, pues afectó a la libertad sexual del

ofendido al habérsele practicado sexo oral por cinco ocasiones".

No es verdad que no existan los elementos de sometimiento como se ha dicho por parte del defensor del casacionista; el sacerdote practicó este delito en contra de un "menor de edad", hubo además el intento de llegar a un acceso carnal, lo cual no fue permitido por el menor.

iii. Se ha indicado por parte de la defensa que existe indebida aplicación del artículo 504.1 del Código Penal, este artículo establece que existe atentado al pudor cuando se han realizado actos de naturaleza sexual sin que exista el acceso carnal, "para ello se requiere de dos elementos que son el sometimiento y obligar a la víctima, que en el presente caso el sacerdote tenía autoridad sobre el menor ofendido que era su monaguillo, por lo que hay que tomar en cuenta lo que establece el artículo 30.1 numerales 1 y 11 del Código Penal"; si hubo el sometimiento, el sacerdote le daba a la víctima regalos, se le mantuvo albergado al menor en el lugar del domicilio del sacerdote y se le proporcionada incluso alimentación.

iv. Los juzgadores analizaron las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica y establecieron con certeza la existencia material del delito y la responsabilidad del proceso. La defensa del recurrente al haberse referido al testimonio de la víctima, a la no reproducción del audio y video de dicho testimonio y del peritaje médico legal, ha pretendido que se vuelva a revalorizar la prueba, lo que en materia de casación, está terminantemente prohibido de conformidad con lo que dispone en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

v. No existen errores de derecho en la sentencia impugnada, mucho menos las violaciones a las normas legales invocadas por la defensa del procesado.

Solicito que el recurso sea rechazado por improcedente.

5.3. En réplica, la defensa técnica del recurrente, dijo:

i. En la teoría del caso de la Fiscalía jamás refirió a un sometimiento derivado de la autoridad que ejercía el sacerdote respecto de la presunta víctima sino a un sometimiento por medio del suministro de sustancias que inhabilitaban el ejercicio físico de defensa de la presunta víctima, circunstancia que no fue demostrada.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Sobre la naturaleza del recurso de casación

6.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por jun juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

6.2. La Constitución de la República del Ecuador garantiza el debido proceso, que implica entre otros derechos:

> **"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 un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."**

6.3 Sobre el deber de los juzgadores de sujetarse y garantizar el debido proceso la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición determinó en la sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso 0338-10-EP, del 8 de marzo del 2012:

> "El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes, constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia 'se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas' [...]"

6.4. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición[3], en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:

i. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los derechos Humanos [...]"[4]

ii. "[...]En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...]Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus y el doble procesamiento por el mismo hecho etc"[5].

iii. La seguridad jurídica es "[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]"[6].

La Corte Constitucional del Ecuador en función desde el 6 de noviembre de 2012, ha razonado:

"Completando el marco de los derechos constitucionales de protección se encuentra el derecho a la seguridad jurídica, mismo que se configura como un valor jurídico implícito y explícito en nuestro ordenamiento constitucional y legal vigente, en virtud del cual el Estado provee a los individuos del conocimiento previo de las conductas que son permitidas y dentro de cuyo marco las personas pueden actuar. Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha determinado:

Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno"[7].

iv. Para que una resolución sea motivada "[...] se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión [...]"[8]. Y posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión [...]"[9].

Para la Corte Constitucional en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, una sentencia está motivada cuando es razonable, lógica y comprensible:

"De manera complementaria, con respecto al mismo asunto, mediante sentencia número 227-12-SEP-CC, caso 0227-12-EP, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

[3] Como intérprete única de la Constitución actual y vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos. Según sentencia: "[...]La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia..." Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009,

[4] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

[5] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

[6] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

[7] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 08-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

[8] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615, de 18 de junio de 2009.

[9] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

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 ésta 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 [...]"[10]

6.5. La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia 001-13-SEP-CC, caso 1647-11-EP, de fecha 6 de febrero de 2013, considera al debido proceso:

"[...] 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 instanciás judiciales. Como parte de las garantías de este derecho se incluye el derecho a la defensa, el mismo que permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea demostrando su inocencia o contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria. 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.

Las Corte Constitucional sostiene que: *"De esta manera el debido proceso se constituye en el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar"*. Por lo expuesto, los jueces como garantes del cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de este derecho."

6.6. Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual[11], vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos[12].

6.7. Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Período de Transición mantuvo un criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio[13]

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP- en que la Corte, mencionada, criticó la falta de análisis probatorio[14]

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[10] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

[11] "...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia..."

[12] Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009,

[13] En la sentencia 003-09-SEP-CC, caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 ,de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

"En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la Leistungsfahigkeit (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación."

[14] Sentencia en la cual luego de valorar las pruebas documentales, testimoniales, periciales, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, dijo: "El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: "La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos".

En la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas".

En sentencia No. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso No. 0981-11-EP, la misma Corte, indicó:

> "Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptuado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: 'propende la defensa del derecho objetivo, iusconstitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (iuslitigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante' [...]"

6.8. La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No. 1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

> "El caso *sub judice* nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces, de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de las sentencia en referencia a estas tres circunstancias.
>
> Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tenga 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 que reza: *"Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley"* y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio[...]
>
> Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales [...]"

Disponiendo que la sentencia sea llevada a conocimiento de la Fiscalía y del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes.

Este criterio lo ha ratificado la Corte Constitucional en la sentencia No. 008-13-SEP-CC, caso No. 0545-12-EP, de 2 de abril de 2013.

En la sentencia 001-13-12-SEP-CC, dictada en el caso 1647-11-EP, de 6 de febrero de 2013 la Corte Constitucional del Ecuador tiene un criterio amplio y dice:

> "La Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas ocasiones respecto a la importancia de este recurso, así en la Sentencia N. 0 003-09SEP-CC sostuvo: 'La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia, y habitualmente al de mayor jerarquía, como en nuestro país: la anterior Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia.' [...]".

Decisión con la cual hemos de entender que el recurso de casación conlleva al estudio del trámite por el cual se llegó a emitir la sentencia cuestionada.

Ratificando al Tribunal de Casación la prohibición de volver a valorar la prueba:

> "el caso sub judice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no podrá fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. 6 De esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de

los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias."

6.9. Sobre el principio de legalidad la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia No. 031-10-SEP-CC, caso No. 0649-09-EP, dijo:

"La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que "[...] solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad, jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 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".

7. SOBRE LA MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Este Tribunal de Casación, encuentra que el recurrente solamente presentó su solicitud, enumerando de manera general e indiscriminada artículos de la Constitución y leyes, lo que no agota al requisito de fundamentación, motivo para desestimar la pretensión, sin embargo, por su derecho a ser atendido, se contesta, en lo principal, resumiendo los puntos en:

i. Contravención expresa del texto del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, pues la sentencia no está debidamente motivada;
ii. Indebida aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto los jueces no valoraron la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica;
iii. Indebida aplicación del artículo 504.1 del Código Penal, al no demostrarse los elementos constitutivos del delito de violación sexual.

8. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

De conformidad con el principio de economía procesal, para responder a la solicitud del recurrente y pronunciar su decisión en el presente recurso, el Tribunal de Casación considera, en los cargos se desarrollan los siguientes temas:

i. De la materia del recurso de casación y la fundamentación propuesta por el recurrente.
ii. El deber de motivación de las resoluciones judiciales.
iii. La obligación del juzgador de tomar los hechos sociales del caso.
iv. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
v. El derecho a la no revictimización.
vi. El valor del testimonio de la víctima en los delitos sexuales.
vii. El derecho a la reparación integral.

8.1. De la materia del recurso de casación y la fundamentación propuesta por el recurrente.

El Tribunal de Casación considera que la fundamentación de la defensa técnica del ciudadano Charles Wilson Cango Cajamarca, no constituye fundamentación respecto de la materia del recurso de casación, por las siguientes razones:

Los cargos del recurrente atacaron a la credibilidad del testimonio de la víctima, el contenido del examen médico legal, la prueba de cargo y descargo respecto del sometimiento a la víctima y su edad, como elementos del tipo penal por parte de la Fiscalía; pronunciarse respecto de estos cargos exige del Tribunal de Casación valoración probatoria, lo que está expresamente prohibido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Cabe anotar, que la Corte de Apelaciones, ya se pronunció respecto de los cargos que ha expresado el recurrente, y llegó a la conclusión de la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado:

- Sobre la credibilidad de la víctima:

  "[...]G).- La Dra. Nancy Cecilia Hidalgo Puchaicela en su testimonio, refiere que labora como psicóloga tratante del Sistema de Protección de víctimas y testigos de la Fiscalía de Loja; que realizó la evaluación psicológica del menor Darío Xavier Maldonado Pereira, quien acudió acompañado de su madre, que colaboró en la entrevista y manifestó que iba a la catequesis pus iba a recibir la confirmación, que un día a finales de Enero de 2013, un catequista los había reunido para presentarles un nuevo párroco, allí conoció a Charles Wilson Cango Cajamarca quien le pidió que le ayude en la parroquia, donde permanecía todo el día y a veces hasta las diez u once de la noche, hasta inicios de semana santa, el domingo de ramos empezaron una pascua juvenil, el sacerdote le dijo si quería quedarse en la parroquia, pidió permiso a sus padres, su madre estuvo de acuerdo que efectuara actividades dentro de la parroquia, para ella eso era muy gratificante y se sentía orgullosa, pensaba que su hijo podía llegar a ser sacerdote, que relató que se le asignó una habitación y llegaron otros chicos y chicas, el padre lo invita y se produce un momento de confusión que no sabe explicar, se acabó la pascua y se fueron los chicos, que dice que llegó otro chico llamado Miguel Iñiguez, que el padre le dio a éste el cuarto que ocupaba Darío y le dijo que se mude adormir con él, que el padre

procedió a bajarle el pantalón y a succionarle el pene esto sucedió otras veces y cuando estaba enfermo; se produjo un estado de confusión y su carácter cambió, a raíz de esto el sacerdote le regaló ropa y cosas, le ofrecía dar dinero cuando lo necesite, le dio una laptop pero que no se comunique con facebook, le quitó el celular porque dijo que lo distraía en sus actividades, su madre tenía que comunicarse con el sacerdote para poder hablar con él, esto lo sintió como aislamiento, como llegó a bajar en notas, el sacerdote le dijo que mejor deje el colegio para que se dedique por completo a las actividades en la parroquia, aceptó esto y por el mes de Mayo dejó el Colegio, antes que sucedan estas cosas, había escogido como padrino de confirmación al párroco, pero luego de los abusos ya no quiere que sea él su padrino, su madre se sorprendió y ella le retaba que continúe y que siga ayudándole al sacerdote; refirió que un domingo después de misa de doce, se sintió muy cansado por lo que fue a acostarse y se quedó dormido, ese momento sintió que el padre intentó bajarle el pantalón y hacerle nuevamente lo mismo pero que en esta vez reaccionó y lo empujó, el padre entró al baño, él fue al campanario, se quedó un momento, luego cogió sus cosas y se fue a su casa, ya no regresó a la parroquia; señala que el menor se sentía muy mal, tenía mucha vergüenza al contar estas cosas, se sentía confundido al sentirse desplazado, al haberle quitado las cosas que le dio, el sacerdote le había dicho que no cuente a nadie, que su madre no le iba a creer sino que le creería a él, también dijo que le contaría a su madre sobre su conducta, lo que lo ponía en un estado de vulnerabilidad; que en alguna ocasión le había contado esto a una compañera catequista, la que le dijo que es mejor que les cuente a sus padres; al haber experimentado esta situación se exacerbaba su estado de ánimo y emocional, empiezan unos episodios de rasgos de estrés postraumático, como de re-experimentación de lo vivido, sueños desagradables, evitación de lugares y acontecimientos, agresividad, irritabilidad, afectación a nivel cognitivo, conductual y afectivo, los recuerdos lo tenían siempre alerta, preocupado, temeroso al hacer las cosas por la confusión mental; se encuentran muchos elementos por lo que se puede determinar que el relato es creíble, tiene sentido lógico y coherencia existen detalles que sólo los pueden indicar quienes han vivido la experiencia, son elementos fundamentales para darle fiabilidad a su vivencia, con el criterio del CBSA que es el instrumento que usó en este caso, que los relatos que cumplen una puntuación de más 25 son altamente creíbles [...]NOVENO: Analizado el testimonio de la víctima bajo la perspectiva expuesta, es posible concluir que el mismo goza de credibilidad y fuerza de convicción, y, por lo tanto, es suficiente como prueba del delito y particularmente como prueba de que el acusado le practicó sexo oral por lo siguiente: A) Que no existen elementos a partir de los cuales se pueda pensar que el menor tiene motivos para perjudicar al acusado; B). Hay prueba que contribuye a la verosimilitud de su testimonio; por cuanto existe persistencia y contundencia en la narración de los hechos a las diferentes personas con las que ha interactuado sobre el hecho que se juzga, pues el menor narra con precisión los hechos que se juzga en su testimonio anticipado, estos mismo hechos son sostenidos ante su madre la señora Graciela Mireya Pereira Uchuari; ante la médico legista Dra. Maritza Paola Castillo Arias; ante la psicóloga Dra. Nancy Cecilia Hidalgo Puchaicela. Se suma a lo expuesto el hecho de que las circunstancias de lugar y tiempo eran precisamente las más favorables para que se lleve a cabo un abuso sexual, si recordamos que el hecho ocurre en el interior del convento de la iglesia de Cristo Sacerdote del barrio Motupe, es decir en las instalaciones privadas del sacerdote donde no había más personas; C) Hay solidez y persistencia en su testimonio; pues, a su señora madre le narra[...], todo lo dicho es sostenido ante la médico legista y la psicóloga y estas lo reproducen oportunamente durante el juicio; a esto hay que agregar el testimonio de la menor de 17 años Gabriela Riofrío Díaz [...]DÉCIMO: Es decir la Sala encuentra que el testimonio de la víctima es verdadero, ya que en el mismo no se encuentran contradicciones ni motivaciones espurias, así como tampoco encuentra motivos para creer en los dichos de la defensa, en el sentido de que Darío Xavier Maldonado sea un chico mentiroso que pretende dañar al acusado, así como tampoco se encuentra motivos para creer que el entorno familiar en que vive la víctima sea el desencadenante para que se invente los hechos que se juzga [...]". (el subrayado nos corresponde).

- Sobre el contenido médico legal:

"[...] F).- La Dra. Maritza Paola Castillo Arias, en su condición de Médico Legista de la Fiscalía de Loja practicó la diligencia de reconocimiento médico-legal en la persona del menor de edad Darío Xavier Maldonado Pereira, lo hizo previa declaración y consentimiento informado de la madre del mencionado menor, practicó la valoración médico-legal el día 08 de Agosto del 2013, a las 10h00, el menor en ese entonces tenía 14 años de edad, que el menor le relató que el presunto agresor, el señor Cango que es el párroco de la parroquia Motupe, que cuando se desempeñaba como asistente o monaguillo, se sintió mal de salud, al recostarse en una cama el párroco le practica sexo oral, posteriormente por tres ocasiones le practicó sexo oral, se encontraba enfermo, por lo que no pudo hacer nada, en otra ocasión le quiso hacer sexo anal pero no llegó a eso, en otra ocasión le dijo que le practique sexo oral al párroco y, finalmente el 23 de Junio del 2013, cuando

descansaba ya que se encontraba agotado por el trabajo de monaguillo, el párroco quiso bajarle el pantalón, pero en esta ocasión se defendió y lo empujó, el padre entró al baño, el fue al campanario y posteriormente a su casa. Que al realizar el examen físico no pudo encontrar lesión alguna en la región genital ni para genital, en la región anal no se encontró ningún signo de relación contra natura; que si se hubiese hecho la pericia el mismo día es posible que se hubiese encontrado algún indicio o podría haberse tomado un hisopado y practicar un examen de ADN; que el reconocido le dijo que la primera vez había sido a principios del mes de Febrero y que la última vez fue el 23 de Junio del 2013; que en el informe se hizo constar que no se han observado huellas físicas; que en el caso presente si se podría dejar huellas si el examen se hubiese efectuado el mismo día del hecho, por tanto no encontró huellas de manipulaciones; que cuando efectúan el reconocimiento se basa en lo que relata el reconocido, por tanto se da por entendido que es verdad; que el examinado relató que por cinco ocasiones el procesado le practicó sexo oral y que el menor examinado se refería al párroco Charles Wilson Cango Cajamarca, como la persona que le practicó sexo oral [...] En el presente caso es menester dejar en claro que no se ha encontrado huellas físicas por la particularidad de las circunstancias y medios utilizados por el agresor para el quiebre de la voluntad de la víctima, y más concretamente de que no se pueden esperar lesiones cuando el medio delictivo consiste en una práctica genitálica-bucal. Que es lo que dice el menor que ha sufrido por parte del presunto agresor; por lo tanto, la prueba material es en este caso es irrelevante". (el subrayado nos corresponde).

- Sobre el sometimiento a la víctima, y su edad. "[...]la presunta víctima manifiesta que fue objeto de abuso por parte del acusado cuando se encontraba debilitado por efectos la enfermedad que dice estaba sufriendo cuando sucedieron los hechos, y no mediante el uso de la violencia, es decir no fue sometido en forma violenta lo que es suficiente se para desechar, como en efecto desecha esta Sala, que el acusado hubiere usado la violencia para someter a su víctima; OCTAVO: Sin embargo, como la ausencia de huellas o secuelas físicas podría encontrar explicación en que fue consentido el acto que se juzga ,hay que tener en cuenta la edad de la víctima (trece años), según consta de la partida de nacimiento fs. 131 de los autos, la misma que da cuenta que el menor [...] es nacido el 26 de febrero de 1999, es decir al 8 de febrero de 2013, en que se dice que se produjeron los hechos tenía 13 años, tornando en irrelevante su consentimiento." (el subrayado nos corresponde).

En este sentido, la Corte de Apelaciones si consideró los argumentos que ahora el recurrente expone como fundamento de su impugnación, por lo que sí recibió una respuesta judicial apropiada a sus reproches.

El Tribunal de Casación considera que la defensa técnica del recurrente solamente expresa su inconformidad con la sentencia condenatoria y el razonamiento judicial de la Corte de Apelaciones, no ha expresado de manera adecuada argumentos que constituyan debido fundamento de las causales de casación por las que interpuso su recurso de casación.

8.2. El deber de motivación de las resoluciones judiciales

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.l), establece como una garantía mínima del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, no hay 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.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 194-14-SEP-CC de fecha 06 de noviembre de 2014, dictada en el caso N. 0380-12-EP, respecto a los criterios para establecer la motivación de una resolución, expresó:

> "La motivación es una de las garantías del debido proceso de conformidad a lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República y refiere a la obligación que en las resoluciones se enuncien las normas o principios jurídicos sobre las que se funda, debiendo explicar adecuadamente la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
>
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 21 de mayo del 2013 en el caso Melba Suárez Peralta vs. Ecuador, manifestó que: "La motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este sentido, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención [Americana de Derechos Humanos] para salvaguardar el debido proceso".
>
> Motivar, tal como lo expresó esta Corte Constitucional mediante su sentencia No. 0016-13-SEP-CC, es "encontrar la justificación por la cual se pronunció en determinada forma el juez o jueza que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales". En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante sentencia No. 0227-12-SEP-CC, estableció los tres elementos o requisitos que debe contener una resolución para considerarse

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

constitucionalmente motivada, los cuales son razonabilidad, lógica y comprensibilidad. [...]
Iniciamos así nuestro análisis con el requisito de la razonabilidad, debiendo ser entendido aquél como la observancia y aplicación de las normas jurídicas y las fuentes del derecho en el caso concreto. Una resolución es razonable cuando se adecúa a lo que el derecho establece para determinada circunstancia fáctica; por ello, la Constitución de la República es clara al expresar que en una resolución motivada deben enunciarse las normas o principios jurídicos que la sustentan. Dicho en otras palabras, la razón del juez se fundamenta en el derecho, sea en las normas constitucionales o infraconstitucionales, en las normas internacionales de derechos humanos, en la jurisprudencia o en la doctrina.
[...]
El segundo requisito es la lógica, expresada como la apropiada y coherente relación entre las premisas que establece el juzgador en su sentencia, con la conclusión a la que llega luego de su análisis argumentativo. [...]
Finalmente, hemos de referirnos al último requisito que compone la garantía de la motivación, es decir la comprensibilidad, requisito que se refiere a la claridad en el uso del lenguaje que los jueces aplican en su sentencia con miras a su fiscalización por el gran auditorio social y particularmente por las partes procesales involucradas en la causa. La comprensibilidad tiene suma importancia como garantía de la motivación dado que garantiza que los operadores de justicia no hagan uso de expresiones o frases obscuras que impidan comprender adecuadamente la razón de su sentencia o los motivos jurídicos que consideraron para emitir determinada decisión.
[...]".

Para motivar una decisión judicial penal en nuestro sistema legal del Código de Procedimiento Penal[15] se ha establecido a la sana crítica, herramienta que permite aplicar reglas de la lógica, de la experiencia, del conocimiento de la o del juzgador, al caso sometido a resolución judicial, en base a la verdad procesal y con aplicación de la ley que contiene a los hechos.

De la lectura del razonamiento judicial de la Corte de Apelaciones, ya citado en otros apartados, el Tribunal de Casación encuentra que su construcción del análisis jurídico en la sentencia reprochada es razonable, pues explica cómo, con el acervo probatorio, la doctrina, y la jurisprudencia, la conducta del procesado con condena se adecuó al tipo penal por lo que se punió, estableciendo según la Constitución y la ley, una relación coherente entre los hechos probados, la conducta del y los supuestos fácticos previstos en la ley, por lo que se han demostrado los elementos del tipo penal, el lenguaje utilizado es claro y comprensible.

Por lo tanto no existe falta de motivación en la sentencia reprochada, por lo que las alegaciones al respecto son improcedentes.

Así mismo, este Tribunal de Casación no encuentra razón para casar la sentencia de oficio, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal.

8.3. La obligación del juzgador de tomar los hechos sociales del caso

En "Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral ", Carla Espinoza Cueva sostiene que la motivación de las resoluciones judiciales:

"[...] en el Ecuador puede ser tratada desde varios enfoques, tomando en consideración la diversidad de culturas y tradiciones, sus antecedentes históricos, sociológicos y los trasfondos ideológicos […], toda decisión judicial debe alcanzar altos niveles de racionalidad por parte del juez, en los cuales se incorporen elementos explícitos, tanto jurídicos como políticos, descantando la visión del positivismo kelseniano estrictamente jurídico. De esta manera se podrá alcanzar resoluciones más fundamentadas y coherentes. [...]".

Rodolfo L. Vigo, en "Argumentación Constitucional"[16], propone que la sentencia se construya, entre otros, con argumentos sociológicos.

"[...] consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce a ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etcétera. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídica, pero lo decisivo que es visible a los ojos de un observador a un miembro

[15] No ocurre lo mismo en el modelo del Código Orgánico Integral Penal, en que se recurre al convencimiento más allá de toda duda razonable.
[16] "La Interpretación y Argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales", Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Marcial Pons. Buenos Aires Argentina. 2011, pág. 474.

de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en las que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera.[...]"

La Constitución de la República, hemos dicho, diseña y desarrolla un Estado de derechos y justicia, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos; la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, sobre esta forma de organización ha dicho:

"[...] es aquel en el cual "[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]"[17]

Sobre el deber de los Estados de respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto:

"164. El artículo 1.1 [...] dicho artículo a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos limites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...]

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales."[18]

[17] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec 04 esp.pdf visitada el 19 de diciembre de 2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expuesto que el Estado –por tanto los órganos administradores de justicia-, debe tomar en cuenta las consideraciones particulares, como factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia o se ven involucrados en el ejercicio punitivo del Estado, para garantizar la igualdad ante la justicia, la defensa efectiva de los derechos y el debido proceso:

> "202. **Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas."**[19](el resaltado nos corresponde)
>
> "146. Por otra parte, esta Corte ha establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que 'para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y **defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal** con otros justiciables'."[20] (el resaltado nos corresponde)

En general, la decisión del órgano jurisdiccional no solo debe cumplir con la exigencia formal de calificar los hechos probados como un tipo penal y la imposición de la pena prevista o absolver al procesado del tipo acusado, no se deben olvidar hechos sociales en pro de la verdad material, que deben ser tomados en cuenta para que la respuesta de parte del Estado adquiera justeza.

En el presente caso, el interés del Estado ecuatoriano debe ser porque se valoren, respeten y promuevan los derechos de niñas, niños y adolescentes, pues según los hechos probados un adolescente fue víctima de una agresión de carácter sexual, y tal condición debe ser considerada en la respuesta judicial del Estado.

Según el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, la víctima en este delito, está en doble situación de vulnerabilidad:

> **"Art. 35.-**Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad." (el subrayado nos corresponde)

Para que la respuesta judicial, sea acorde a los criterios antes expuestos, la condición de doble vulnerabilidad, debe ser tomada en cuenta.

8.4. Los derechos de las niñas y niños y adolescentes

Según el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 4, son niñas, niños y adolescentes, las personas que:

> **"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 de edad."

Existe un corpus iure nacional e internacional que recoge y exige la vigencia de los derechos de las personas que aún no llegan a la mayoría de edad.

Este cuerpo legal lleva a diseñar procedimientos especiales y especializados en pro de los derechos de estas personas, sea cuando son víctimas, sea cuando son procesados (si se trata de adolescentes infractores). Esto porque los principios que animan a estos trámites imponen a las y los operadores de justicia una serie de obligaciones que no se encuentran en otros procesamientos.

Requiere de operadores de justicia especializados, que den respuestas idóneas, así manda la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 81:

> "La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio

[19] Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
[20] Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo Reparaciones y Costas).

y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley."

Las y los operadores de justicia, para efectivizar los derechos de las niñas, los niños, las y los adolescentes, debemos traspasar la legalidad y formalidad, construir un modelo humanizado, que se especialice no en la ley sino en decisiones justas, equitativas, moralmente aceptadas:

"Art. 255.- Especialidad.- Establécese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código.

Art. 256.- Principios rectores.- La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia guiará sus actuaciones y resoluciones con estricto apego a los principios, derechos, deberes y responsabilidades que se establecen en el presente Código. Su gestión se inspira, además, en los principios de humanidad en la aplicación el derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia." (Código de la Niñez y Adolescencia).

La legislación aplicable a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la encontramos en:

i. La Constitución de la República del Ecuador:

Con respecto a la vulnerabilidad de las niñas, los niños, las y los adolescentes, atenta su situación de desarrollo físico e intelectivo, y su derecho a recibir atención prioritaria:

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

El derecho de las niñas, los niños, las y los adolescentes, a que se atienda sus casos considerando el interés superior y de manera prevalente:

"Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."

El derecho de las niñas, los niños, las y los adolescentes a que se respeten en su favor todos los derechos que genera la dignidad humana, y en particular a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria:

"Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas"

El derecho de las niñas, los niños, las y los adolescentes a protección integral, específicamente, mediante la proscripción de toda forma de explotación:

"Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos e imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas."

El derecho de las niñas, los niños, las y los adolescentes, hijos de personas privadas de libertad, a protección:

"Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: [...]

7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia."

ii. El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia:

Es el cuerpo que desarrolla los mínimos pro derechos de niñas, niños y adolescentes:

"Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio de interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral."

Las niñas, niños y adolescentes deben ser respetados sin distinción alguna:

"Art. 6.- Igualdad y no discriminación.- Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.

El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación."

"Art. 7.- Niños, niñas y adolescentes, indígenas y afroecuatorianos.- La Ley reconoce y garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, siempre que las prácticas culturales no conculquen sus derechos."

Las y los operadores de justicia hemos de ajustar nuestras decisiones tomando como guía obligatoria los derechos de las niñas, los niños las y los adolescentes:

"Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

"Art. 12.- Prioridad absoluta.- En la formulación y ejecución de las políticas públicas en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás."

"Art. 13.- Ejercicio progresivo.- El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código."

"Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, mas cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño."

iii. La Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Que reconoce la dignidad, para a partir de ella proclamar la igualdad entre los seres humanos y el respeto a nuestros derechos, sin ninguna excepción, resaltando el derecho de los niños a protección.

"Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

"Artículo 2.

1.-Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.- Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía."

"Artículo 25

1.-Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de su medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

iv. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Con que los Estados asumen el compromiso de respetar y garantizar los derechos humanos y a tomar medidas de protección de sus titulares, sin discriminación, con especial referencia cuando se trata de niñas, niños y adolescentes.

"Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.- Cada Estado se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. [...]"

"Artículo 3.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen da garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto."

"Artículo 10.[…]

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica."

"Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluídos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicación pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. [...]

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. [...]"

"Artículo 24. .

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad."

v. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

"Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Por países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos."

"Artículo 3.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."

"Artículo 10.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se deber conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestación adecuadas de seguridad social.

3.- Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil."

"Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

vi. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

"**Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente."

"Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.
1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia [...]"

vii. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:
"Artículo V. Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.
Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar."
"Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia.
Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella."
"Artículo VII Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.
Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales."
"Artículo XI. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Derecho a la educación.
Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.
Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.
El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con los dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.
Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente a educación primaria, por lo menos."
"Artículo XIII. Derecho a los beneficios de la cultura.
Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.
Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor."
"Artículo **XXX** Deberes paras con los hijos y los padres.
Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tiene el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten."

viii. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos:
"Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal
[...]
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento."
"Artículo 19. Derechos del Niño
Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

ix. La Convención sobre los Derechos del Niño:
Que respalda la dignidad, derecho de toda persona que no haya cumplido dieciocho años de edad, sin salvaguarda de distinción alguna, en que cada Estado debe tomar las medidas necesarias en pro de bienestar de niñas, niños y adolescentes.
"Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."
"Art. 2.-
1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

"Art. 3.-
1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."
"Art. 8.-
1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluídos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."
"Art. 6.-
1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."
"Art. 9.-
1. Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona éste bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas."
"Art. 18.-
1. Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnanlas condiciones requeridas."
"Art. 19.-
1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de el, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

"Art. 27.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados."

"Art. 30.- En los Estados Partes en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que se indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma."

"Art. 32.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo."

"Art. 36.- Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar."

"Art. 39.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de si mismo y la dignidad del niño."

x. El Convenio sobre la Edad Mínima para la Admisión al Empleo (Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo):

"Art. 1.- Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores."

"Art. 3.-

1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años. […]"

"Art. 7.-

1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:

a) No sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo, y,

b) No sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.

2. La legislación nacional podrá también permitir el empleo o el trabajo de personas de quince años de edad por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar, en trabajos que reúnan los requisitos previstos en los apartados a) y b) del párrafo anterior,

3. La autoridad competente determinará las actividades en que podrá autorizarse el empleo o el trabajo de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo y prescribirá el número de horas y las condiciones en que podrá llevarse a cabo dicho empleo o trabajo.

4. No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Miembro que se haya acogido a las disposiciones del párrafo 4 del artículo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2 podrá, durante el tiempo en que continúe acogiéndose a dichas disposiciones, sustituir las edades de trece y quince años, en el párrafo 1 del presente artículo, por las edades de doce y catorce años, y la edad de quince años, en el párrafo 2 del presente artículo, por la edad de catorce años."

xi. El Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo):

"Art. 1.- Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

"Art. 2.- A los efectos del presente Convenio, el término ((niño)) designa a toda persona menor de 18 años."

"Art. 3.- A los efectos del presente Convenio, la expresión ((las peores formas de trabajo infantil)) abarca:

a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y,

d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños."

"Art. 6.-

1. Todo Miembro deberá elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil.

2. Dichos programas de acción deberán elaborarse y ponerse en práctica en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, tomando en consideración las opiniones de otros grupos interesados, según proceda."

"Art. 7.-

1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se de efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole.

2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

a) Impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;

b) Prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;

c) Asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil, el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;

d) Identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos: y,

e) Tener en cuenta la situación particular de las niñas.

3. Todo Miembro deberá designar la autoridad competente encargada de la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio."

Los principios que se encuentran en estos cuerpos pro derechos de las niñas, niños y adolescentes, en lo atinente al procesamiento, son:

- De reserva.
- Del interés superior.
- De protección integral.
- De moralidad,
- De igualdad.
- De equidad.
- De especialidad.
- De humanidad

Como anotamos antes, estos principios no solo especializan el procesamiento, sino que, exigen una respuesta que vaya mucho más allá de la legalidad formal.

Los derechos que, para el caso sublite, deben protegerse a las niñas y los niños, son:

- A la vida digna.
- A la libertad.
- A la protección.
- A la familia y a la convivencia familiar.
- A la integridad.
- A la seguridad.
- A la tutela.
- A la educación.
- Al amor.

Todo lo anterior puede resumirse en que como mínimo, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vida digna, a que se respete su integridad, su libertad, su seguridad, a vivir con su familia y en su entorno propio, a ser amados y protegidos, a ser atendidos con prioridad, a educarse, a no ser discriminados ni explotados en ninguna de sus formas, a que se les escuche, a trabajar a partir de una

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

edad propicia, conforme a sus capacidades y sin que esto obste su derecho a la educación. A que el Estado, la familia, la comunidad los proteja, y a que las autoridades atendamos las cosas que les interesan, dándoles prioridad.

Esto se frustra si son expuestos a peligros, son maltratados, son explotados, o si el sistema judicial no reacciona de manera especializada, humanizada. Es el caso del adolescente víctima del delito que se persigue.

8.6 El derecho a la no revictimización

Para entender el alcance del derecho a lo no revictimización, es necesario revisar el concepto de víctima.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones unidas en resolución No. 40/34, de 29 de noviembre de 1985, expuso:

> **"A.- Las víctimas de delitos**
>
> 1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
>
> 2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro para prevenirla victimización.
>
> 3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas, culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico."

Por lo tanto, según el instrumento internacional, referido, para identificar a las víctimas de un delito o del abuso de poder, es necesario tomar en cuenta el efecto dañoso sufrido como efecto de la acción y omisión tipificada como delito; independientemente si se auto identifica o no como tal, o si interpone acciones legales en contra del perpetrador. Así mismo, la expresión víctima incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a aquellas personas que hayan sufrido daño al intervenir en asistencia de la víctima directa.

Las personas que reúnan los criterios anteriormente referidos, no pueden ser excluidas como víctimas, por "raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico". Esta exclusión, implica discriminación.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado:

> "los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas [,pues] la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo"[21]

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

> "ha estimado que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos [...] aplicando una presunción iuris tantum respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, y compañeros y compañeras permanentes ('familiares directos')"[22]

Con lo anterior, este Tribunal considera como víctima de un delito a toda persona que sufre un daño, ya sea físico, psíquico o patrimonial, como consecuencia de una acción u omisión tipificada

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo), párr. 114; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas), párr. 105; Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 220; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 137.

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, cit. supra, párr. 220; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

y sancionada como delito por la legislación penal. En el presente caso, son víctimas del delito el adolescente directamente agredido y su familia.

El derecho a la no revictimización, recogido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, dice:

> **"Art. 78.-** Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.
>
> Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales."

El Tribunal de Casación entiende como revictimización a todo acto, del órgano jurisdiccional, auxiliar, de las partes procesales, o de cualquier otra persona natural o jurídica, que puedan evocar los hechos traumáticos que vivió la víctima, incluso, escenas retrospectivas que pueden inducir a la reexperimentación del acontecimiento traumático, reviviendo el dolor y la afectación sicológica.

La defensa técnica del recurrente, increpó que el ofendido mintió en sus versiones y no rindió testimonio ante el Tribunal de Juicio, que es fundamental para poder condenar a su defendido. Exigir que la víctima rinda su testimonio ante el órgano jurisdiccional, su versión de los hechos, o sea expuesta a múltiples pruebas, constituye revictimización, el sistema de justicia debe procurar afectar lo menos posible a la víctima, garantizar sus derechos en la práctica de pruebas.

El derecho a la no revictimización, y la situación de doble vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, disposiciones de rango constitucional, afectan al proceso penal previsto en la ley, deben ser atendidos, sobre todo en la actividad probatoria y su peso como elemento.

8.7. El valor del testimonio o declaración de la víctima en los delitos sexuales

De conformidad con lo expresado en el apartado que antecede, el Tribunal de Casación considera que la víctima no tiene obligación de concurrir a declarar si esto la revictimiza, y que el ejercicio de una acusación particular o el desistimiento de una denuncia o acusación particular, no afecta al debido proceso.

La norma constitucional que prohíbe la revictimización, establece:

> **"Art. 78.-** Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, **particularmente en la obtención y valoración de las pruebas,** y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado." (el resaltado nos corresponde)

La ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición en la sentencia No. 016-11-SCN-CC de 15 de diciembre del 2011, emitida en el caso 0037-09-CN, sobre la norma trascrita, estableció:

> "Al respecto, esta Corte Constitucional ha expresado que esta norma constitucional obliga al Estado ecuatoriano al cumplimiento insoslayable de por lo menos los siguientes deberes:
>
> a) La promoción y protección de los derechos constitucionales y humanos a través de medios adecuados de justicia; en caso de violación de esos derechos, es deber del Estado investigar los hechos que rodean tal violación –verdad-;...
>
> d) la reparación material e inmaterial, de daños causados y, en lo posible, la restitución del derecho (reparación). **En sí, la norma constitucional analizada permite identificar un trato preferente a las víctimas y hace énfasis en la obtención y valoración de pruebas**, constituyendo a la investigación como un deber de medio o de comportamiento por parte del Estado, de investigar seriamente los hechos, que no se satisface por el solo hecho de investigar, sino que busca producir resultados satisfactorios a través de la realización de una investigación seria, la cual debe tener sentido y ser asumida como un deber jurídico propio, que proporcione información real de los hechos a las víctimas y sus familiares. Es así que la actitud procesal que causa incertidumbre en las víctimas, activa el derecho a la verdad" (las negrillas son nuestras)

La no revictimización, al obtenerse y valorarse la prueba, es un derecho de la persona que se ve afectada especialmente por actos contra su integridad sexual, de acuerdo al mandato constitucional. La revictimización o doble victimización son aquellas repetidas situaciones en las que las víctimas, después de haber sido afectadas por algún delito, se ven obligadas durante los procesos judiciales, a soportar actos que reviven su experiencia, por ejemplo, a testificar en repetidas ocasiones, perjudicándoseles psicológica y emocionalmente de manera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

más profunda y traumática; la revictimización es especialmente grave en casos de violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad, trata de personas, delitos sexuales.

Corresponde al sistema judicial prever mecanismos adecuados al proceso que eviten dicha revictimización, al respecto la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, ha indicado:

> "[...] En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia."[23]
>
> "En los casos de delitos contra la integridad sexual debe entenderse partiendo de las reflexiones de Carlos Martín Beristain, si tomamos en cuenta que en el tema de violación de derechos humanos, la influencia del contexto próximo en los casos de violencia sexual es determinante, por lo que el grado de conocimiento o involucramiento de la familia incide en el inicio y desarrollo de un proceso legal. Por ello, uno de los mayores obstáculos que enfrentan los perpetradores para ser sancionados, es el miedo a que sea de conocimiento público, a la censura social que sufre la víctima, pues aunque haya sido objeto de un deplorable hecho, el ambiente cercano casi siempre prefiere mantenerlo en silencio, pues corren el riesgo del estigma, de culpabilización y marginación de su entorno más cercano. La mujer requiere de tiempo para estar lista sicológicamente, para hablar de ello o denunciarlo en un ambiente de confianza y privacidad. La denuncia por violación sexual supone una visibilizarían de la víctima en su medio social íntimo y por tanto incide en sus relaciones afectivas o familiares"[24].

En lo relacionado a la comparecencia de un adolescente a la audiencia de juzgamiento en caso de delitos sexuales, la décimo séptima regla innumerada añadida a continuación del artículo 528 del Código Penal, mediante Ley reformatoria del Código Penal que tipifica los delitos de explotación sexual de los menores de edad, publicada en el Registro Oficial No 45, de 23 de junio de 2005, señala que en los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima menor a 18 años de edad, es irrelevante. Por lo que aún con tal testimonio la situación del procesado no cambiaría.

8.8. El derecho a la reparación integral

Establecido el concepto de víctima y determinada en el presente caso, el Tribunal de Casación considera como víctimas del delito que motivo el procesamiento que nos ocupa, a el adolescente directamente agredido y su familia, por lo que es necesario que este Tribunal de Casación analice el contenido del derecho a la reparación integral, reconocido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, citada en apartados anteriores.

Según la norma constitucional, la reparación integral incluye:

i. El conocimiento de la verdad de los hechos;
ii. La restitución;
iii. La indemnización;
iv. La rehabilitación;
v. La garantía de no repetición; y,
vi. La satisfacción del derecho violado

Sin embargo, estos mecanismos no agotan a la reparación integral.

Dentro del sistema internacional de Derechos Humanos, se encuentra la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, antes invocada, que incluye entre sus principios a favor de la víctima:

> "[...]
>
> **Resarcimiento**
>
> 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. **Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.**
>
> 9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

[23] Ex Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 010-12-SEP-CC, del 15 de febrero del 2012 en el caso 1277-10-EP.

[24] Ex Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 0004-09-SAN-CC, de 24 de septiembre del 2009, en el caso No. 0001-OS-AN.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medioambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de los posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.
11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.
Indemnización
12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:
a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.
13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.
Asistencia
14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.
15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.
16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.
17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

La Resolución No. 60/147, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 2005, contiene los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, entre las cuales están:

"VI. Tratamiento de las víctimas
10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.
[...]
IX. Reparación de los daños sufridos
15. **Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.** Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.
[…]
18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, **una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.**
19. **La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior** a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución com-

prende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.
20. **La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables** que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:
a) El daño físico o mental;
b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
d) los perjuicios morales;
e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
21. **La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.**
22. **La satisfacción ha de incluir,** cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:
a) Medidas eficaces para **conseguir que no continúen las violaciones;**
b) **La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños** o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
c) La búsqueda de las personas desparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como el material didáctico a todos los niveles.
23. Las **garantías de no repetición** han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:
a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;
h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.
[...].” (el resaltado nos corresponde)

Del instrumento referido, se desprende que el Estado, y por tanto los órganos jurisdiccionales, tiene la obligación de tratar a las víctimas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos; y, las víctimas tienen derecho a la reparación proporcional a los daños sufridos, que en pro de la justicia, en lo posible, devolver a la víctima a la situación anterior a la trasgresión a sus derechos; esta reparación puede darse por restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.
La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:

"Artículo 63
1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
[...]

Sobre el alcance de la disposición convencional citada, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contiene los siguientes criterios:

- Caso González y Otras ("campo algodonero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Párr. 450.
  450. La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (restitutio in integrum) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo resutitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.
- Criterio ratificado en el Caso Rodríguez Vera y otros (Desparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 543 y 544:
  "543. **La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.** Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.
  544. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.
  [...]
  591. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Este Tribunal ha establecido que **el daño material abarca "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tenga un nexo causal con los hechos del caso".**
  [...]
  600. **La jurisprudencia internacional ha establecido que la sentencia constituye per se una forma de reparación. No obstante, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.**
- Caso de la "Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 214:
  214. La Corte estima que **la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima.** En el presente caso, no obstante, la Corte valora algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.

Por tanto, desde el sistema interamericano de Derechos Humanos, la reparación integral implica:

a. En lo posible, el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los

efectos dañosos que produjo la violación de los derechos de la víctima;

b. La indemnización como compensación por los daños producidos;
c. La naturaleza y el monto de la reparación depende del daño ocasionado, tanto en lo material como en los inmaterial;
   i. El daño material es la pérdida o detrimento del patrimonio de las víctimas, motivo de la trasgresión a sus derechos; e implica la disminución de ingresos, gastos efectuados con motivo de los hechos; y, toda consecuencia de carácter pecuniario que tenga nexo causal con los hechos del caso.
   ii. El daño inmaterial comprende los sufrimientos y aflicciones causados a la víctima directa y sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima directa y sus allegados
d. Las medidas de reparación no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares;
e. Una o más medidas pueden reparar un daño específico, sin que se considere doble reparación;
f. La reparación integral no puede ser reducida al pago de compensación a la víctima directa y sus familiares.

Las disposiciones de reparación integral, permiten a la juzgadora o juzgador la emisión de una sentencia más justa, en respeto de los derechos de las partes procesales y en atención a la dignidad humana de las personas involucradas en el procesamiento.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no define el término dignidad humana a dignidad de las personas el desarrollo jurisprudencial de la misma permite entender tal término como un principio rector del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que consiste en el respeto y efectivo goce de todos los derechos y libertades de las personas reconocidos no solo en la Convención, sino en otros convenios internacionales y en los cuerpos nacionales constitucionales y legales de los Estados; y en la correspondiente reparación integral de las víctimas cuyos derechos y libertades hayan sido vulnerados.[25]

Cabe citar a la Corte Constitucional de Colombia, que sobre la dignidad del ser humano, ha dicho:

> "10. Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión 'dignidad humana' como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.
>
> Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).
>
> De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo [...]"[26]

En este sentido, entendemos a la dignidad como una condición inherente del ser humano, expresada en la libertad de auto determinarse y tomar decisiones sobre sus condiciones de vida, que le permiten vivir y desarrollarse individualmente como persona para alcanzar la felicidad, sin que factores externos afecten de manera negativa tales condiciones y su proceso de desarrollo. Este valor del ser humano es reconocido como el máximo derecho, y por tanto,

[25] En este sentido, cabe revisar el estudio realizado por Luis Amezcua, titulado *"Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Versión digital disponible en la página web: http:www.corteidh.cr.cr/tablas/r24334.pdf.

[26] Sentencia T-881/02, de 17 de octubre de 2002. Expedientes T-542060 y T-602073. En http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm, visitada el 1 de mayo de 2015.

objeto de tutela u protección del estado, en los ordenamientos jurídicos internacional y nacional.

Las víctimas de infracciones previstas como tipos penales en la legislación interna han sufrido una afectación en un bien jurídico, es decir una trasgresión a sus derechos, a su dignidad como seres humanos. Por lo que los criterios sobre reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, anotados anteriormente, sirven para una aplicación del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, respetuosa de las obligaciones convencionales del Estado y de los derechos humanos de las personas.

Establecido el alcance del derecho a la reparación integral, previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde revisar la sentencia del Tribunal de Apelaciones, nada dice respecto de las disposiciones de reparación integral,.

Esto trasgrede el derecho de las víctimas a la reparación integral, reconocido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, pues comete los siguientes errores:

i. No toma en cuenta los daños materiales, ni pronuncia se saben o no, entendidos como el pago de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesantes); tampoco toma en cuenta pagos compensatorios respecto del daño material.
ii. No dispone medidas de protección en contra la víctimas, adolescente en situación de doble vulnerabilidad, por lo que no existe garantía de no repetición de los hechos delictivos.
iii. Si bien la sentencia, per se, constituye un medio de reparación, el Tribunal de Apelaciones no ha ordenado otros medios que permitan, en lo posible, la restitución de la situación previa a la victimización, como la rehabilitación; no solo tomando en cuenta el ámbito material, también el inmaterial, comprendido como los sufrimientos y aflicciones causados a la víctima directa y sus allegados, y alteraciones de carácter pecuniario y no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima directa y sus allegados.

Corresponde a este Tribunal declarar ha lugar el derecho a la reparación integral de las víctimas. Como se expresó en esta resolución, a este Tribunal de Casación le está vedado la valoración probatoria y del análisis de los hechos, por lo que, declarada la existencia del derecho a la reparación integral, y establecidos los parámetros para su aplicación y respeto, la determinación e imposición de las medidas reparatorias corresponde al juzgador competente.

9. RESOLUCIÓN

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación planteado por el ciudadano Charles Wilson Cango Cajamarca. Ejecutoriada esta decisión, se devolverá el expediente a la autoridad de origen para lo que corresponda en ley. **Notifíquese y Cúmplase.-**

f) Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Resolución nro. 1035-2016
Juicio nro. 715-2015-SF

Juicio penal por incitación a la rebelión en la fuerza pública, seguido por la Fiscalía General del Estado, contra Jorge Naun Cordonez Chazo y otros

SÍNTESIS

El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, mediante sentencia de fecha 23 de enero de 2015, declara a los acusados Fabián Gustavo Arcos Pepinos, Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, culpables en calidad de autores del delito de incitación a la rebelión de la fuerza pública; esto en base a los hechos ocurridos el 30 de septiembre del 2010, en diferentes lugares de la ciudad de Quito, donde se identificó a los hoy acusados mediante medios de audio y video, en la participación de los acontecimientos que provocaron manifestaciones y revueltas desarrolladas en el Hospital de la Policía Nacional, regimiento Quito No. 1, exteriores del Ministerio de Defensa y en la base aérea, produciéndose incluso el cierre de operaciones de vuelos internacionales. El delito acusado, se encuentra tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 146 del Código Penal, y al efecto, por ser la ley que contiene la pena más benigna frente al Código Orgánico Integral Penal, en aplicación del principio de favorabilidad establecido en el artículo 76.5 de la CRE y artículo 5.2 del COIP, se les impone la pena de cinco años de prisión correccional. Conforme las circunstancias atenuantes legalmente justificadas y probadas en juicio por parte de los sentenciados Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Fabián Gustavo Arcos Pepinos, se modifica la pena impuesta por la definitiva de tres años de prisión correccional. Disconformes con esta decisión, los justiciables, interponen recurso de nulidad y apelación. Con fecha 13 de mayo de 2015, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelve los recursos interpuestos; y, bajo las siguientes consideraciones: a) sobre el recurso de nulidad: por unanimidad rechaza el recurso de nulidad interpuesto por Ramiro Manosalvas y ratifica la validez del proceso; b) sobre los recursos de apelación: rechaza los mismos y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. Los procesados, interponen recurso de casación. El 1 de junio de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar la nulidad constitucional por infracción al artículo 76.7.l CRE, a partir de la audiencia de apelación.

FALLO DE CASACIÓN

Juicio No. 715-2015-SF

Juez Ponente: Dr. Luis Enriquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Ciudad de San Francisco de Quito, miércoles 1 de junio de 2016, las 09h34.-

VISTOS: Este proceso penal tiene como antecedente la imputación realizada por el doctor Francisco Rosero, Agente Fiscal de Pichincha, quien sostiene:

"*el día 30 de septiembre de 2010, en nuestro país se desarrollaron una serie de actos fraudulentos tendientes a la desestabilización del gobierno legalmente constituido, viviéndose en un verdadero acto de conmoción social. Estos hechos se desarrollaron desde tempranas horas de la mañana y a través de los medios de comunicación, se pudo apreciar la medida en que los mismos se venían desencadenando en distintos puntos de la ciudad*

capital, se pudo apreciar los reclamos esgrimidos por distintos actores sociales que pretendieron en distintas formas hacer que miembros de las Fuerzas Públicas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se revelen e indisciplinen en contra de los distintos funcionarios públicos. Los reclamos fueron esgrimidos en contra del ejecutivo y de los altos mandos militares, por la promulgación de una ley que supuestamente desfavorecía a policías y militares en sus ingresos y perjudicaba sus bonificaciones, condecoraciones y demás beneficios. Estas manifestaciones y revueltas se concentran en distintos puntos de la ciudad de Quito, tales como el Hospital de la Policía Nacional, el Regimiento Quito No. 1, los exteriores del Ministerio de Defensa y en la base Aérea Ecuatoriana, donde incluso se cierra las operaciones de un aeropuerto internacional. Dentro de este contexto y luego de realizarse un recuento de los daños causados se logra identificar, a través de imágenes de audio y video, a aquellos actores sociales que estimularon aquellas revueltas, las personas que se encuentran en esta investigación, son los señores FABIÁN GUSTAVO ARCOS PEPINOS, HÉCTOR RAMIRO MANOSALVAS ARIAS y JORGE NAUN CORDONEZ CHAZO.". (Sic)[1]

El Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha con fecha 28 de octubre de 2014, las 08:23, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados señores: Fabián Gustavo Arcos Pepinos, Jorge Naun Cordonez Chazo; y, Héctor Ramiro Manosalvas Arias, en calidad de presuntos autores del delito de incitación a la rebelión, tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal anterior, en concordancia con el artículo 42 del mismo cuerpo legal. Se mantienen las medidas cautelares de carácter personal ordenadas en contra de los acusados. Se deja constancia que los acusados Fabián Arcos Pepinos y Héctor Ramiro Manosalvas se encuentran privados de la libertad mediante boletas constitucionales de encarcelamiento; y, con respecto al procesado Jorge Naun Cordonez Chazo, se encuentra cumpliendo medidas cautelares de carácter personal de conformidad a lo establecido en el artículo 160.4 y 10 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la Corte Provincial de Justicia, ha revocado la orden de prisión, y se ha dispuesto medidas alternativas a la prisión preventiva. Se dispone la Prohibición de enajenar de los bienes de los hoy acusados.

El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, mediante sentencia de fecha 23 de enero de 2015, las 15h55, declara a los acusados Fabián Gustavo Arcos Pepinos, Jorge Naun Cordonez Chazo; y, Héctor Ramiro Manosalvas Arias, culpables en calidad de autores del delito de incitación a la rebelión de la Fuerza Pública, delito tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 146 del Código Penal, y al efecto por ser la ley que contiene la pena más benigna frente al Código Orgánico Integral Penal, en aplicación del principio de favorabilidad establecido en el artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, se les impone la pena de cinco años de prisión correccional. Conforme las circunstancias atenuantes legalmente justificadas y probadas en el juicio por parte de los sentenciados Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Fabián Gustavo Arcos Pepinos, se modifica la pena impuesta por la definitiva de tres años de prisión correccional; y, al pago de una multa de cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por cada uno de los sentenciados. Con costas. Se dispone que una vez ejecutoriada la sentencia se oficie al Consejo Nacional Electoral con el contenido de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 del Código de la Democracia y artículo 64.2 de la Constitución de la República (CRE). Se ratifican las medidas cautelares reales y personales dictadas por el Juez A-quo, en el auto de llamamiento a juicio respectivo. Se ordena la prohibición de salida del país del sentenciado Jorge Naun Cordonez Chazo.

Disconformes con esta decisión, los justiciables, interponen recurso de nulidad y apelación. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha radica competencia para el conocimiento y resolución de estos medios impugnatorios y con fecha 13 de mayo de 2015, las 08h26, resuelve los recursos de nulidad y apelación presentados por

[1] Imputación realizada por el Dr. Francisco Rosero, Agente Fiscal de Pichincha, en audiencia de juicio y que ha sido transcrita por el tribunal adquem al decidir la presente causa.

Héctor Ramiro Manosalvas Arias; y, el de apelación presentado por Jorge Naun Cordonez Chazo, bajo las siguientes consideraciones: **a) sobre el recurso de nulidad:** el Tribunal Ad-quem por unanimidad rechaza el recurso de nulidad interpuesto por Ramiro Manosalvas y ratifica la validez del proceso; **b) sobre los recursos de apelación:** rechaza los mismos y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Dentro del término legal, Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Jorge Naun Cordonez Chazo, interponen sendos recursos de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE); artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; Edgar Flores Mier, y, Richard Villagómez Cabezas, Conjueces Nacionales.[2]

Órgano jurisdiccional pluripersonal que no ha sido cuestionado en su integración, por ninguna de las partes procesales mediante recusación,[3] asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) y 76.7.k CRE.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos 352 y 354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de todo lo tramitado con ocasión de este medio impugnatorio.

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El doctor Aurelio Garófalo, defensor técnico del señor Jorge Naun Cordonez Chazo, en lo principal, al fundamentar el recurso de casación manifiesta que:

> *(...) "fundamenta su recurso de conformidad al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal vigente a este proceso y, específicamente, al haberse violado la ley de las causales específicas, esto es, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación y errónea interpretación. Agrega que se viola la ley por la primera causal, es decir, la contravención expresa de su texto, constante en la página No. 1 de la sentencia recurrida, expresamente en el numeral 1 que dice Competencia, en el sentido de que el artículo 226 del Código Orgánico de la Función Judicial habla de los jueces y juezas especializados penales y, de manera específica, trata de la competencia (dando lectura de dicha norma). Dice a continuación que se refiere a esto porque su representado estuvo a eso de las 10H30 de la mañana al sector de la Recoleta, ya que es un ex militar, un sargento en servicio pasivo*

[2] Actúan por licencias legalmente concedidas por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, a los señores Jueces Nacionales: Jorge Blum Carcelén y Gladys Terán Sierra, respectivamente.

[3] De forma que no existe asidero jurídico para el cuestionamiento realizado por el doctor Aurelio Garófalo defensor del ciudadano Jorge Cordonez Chazo, conforme consta del acta de audiencia de casación que dice:

> *(...) al no haber sido notificado con su integración a su domicilio judicial por cuanto en la última providencia con la que fue notificado constan como integrantes la doctora Gladys Terán Sierra, doctora Zulema Pachacama Nieto y doctor Luis Enríquez Villacrés.*
>
> *Se le pregunta la disposición legal en la cual basa su recusación y la defensa técnica del recurrente dice desconocerla. Ante esta solicitud, el tribunal suspende la diligencia a fin de que el abogado se inteligencie acerca de su petición.*
>
> *Se reinstala la audiencia, el abogado Garófalo toma la palabra y señala que retira su recusación por cuanto el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil entre sus numerales no contempla la integración del tribunal, por lo que pasa a fundamentar su recurso en los siguientes términos" (...)*

y tiene su cuenta en el Banco Rumiñahui y fue a retirar fondos en el Ministerio de Defensa; que entonces como es una persona que ha iniciado acciones en favor de algunos militares y también por la cuota de El Nacional que arbitrariamente les descontaban, los periodistas al salir le abordaron y le toman declaraciones y él lo hace como ciudadano vertiendo opiniones y se retira, habiendo sido esa toda su actuación. Prosigue y señala que para fundamentar la violación antes indicada, debe indicar que si su representado supuestamente cometió un delito, la Fiscalía debió iniciar la acción correspondiente (sea indagación o instrucción fiscal) y dar a conocer a un juez de esa jurisdicción territorial, esto es, en la Recoleta, sin embargo, se inició la indagación previa con el doctor Iván Ron; que se hace la investigación en alrededor de año o año y medio y, de un momento a otro el doctor Francisco Rosero, Fiscal de Administración Pública, que ya había iniciado este proceso penal en contra del señor Arcos Pepinos y Manosalvas, personas que si habían estado efectivamente en el Regimiento Quito y en el ex aeropuerto Mariscal Sucre pero que nada tenían que ver con el sargento Cordonez, y lo vincula en este proceso penal; que este proceso inició en el Juzgado Sexto de Garantías Penales que está ubicado en Carcelén, de ahí la afirmación de que el proceso nace muerto por falta de competencia y jurisdicción en cuanto a este sujeto procesal, dando lectura al respecto del artículo 3 de la resolución 052-2012 del Consejo de la Judicatura que señala en cuanto a la creación del Juzgado Sexto de Garantías Penales de Pichincha en razón de su territorio, que será competente en las parroquias de Cotocollao, Ponciano, Comité del Pueblo, Carcelén, Pomasqui, San Antonio de Pichincha, Calacalí, Nono, Iñaquito, Rumipamba, Jipijapa, Cochapamba, la Concepción, la Kennedy, San Isidro del Inca, Chaupicruz, Pacto, Gualea, Nanegal y Nanegalito, sin mencionar en ningún momento la parroquia donde está ubicada la Recoleta y, por ende, la Corte avala esta violación expresa del texto del procedimiento a seguirse en la página No. 1 que habla respecto a la competencia. Refiere acto seguido la indebida aplicación y errónea interpretación de la ley, pues se condena a su representado (conforme está tanto en primer nivel cuanto en la sentencia recurrida en su última página, parte resolutiva) como autor de incitación a rebelión de la fuerza pública (Artículo 146 del Código Penal vigente a la época) pero, como ya lo había señalado su representado emitió criterios como un ciudadano, sin ninguna autoridad, pues no estaba activo para la jerarquía correspondiente para poder incitar y levantar a la fuerza pública (en el caso específico las Fuerzas Armadas); que no es coherente tal condena pues el sargento Cordonez no tenía poder de convocatoria para incitar a los miembros de las Fuerzas Armadas y, es más, la incitación existe siempre y cuando haya un resultado positivo según la doctrina y, en el caso, no consta que el jueves 30 de septiembre de 2010 efectivamente haya existido una rebelión. Hace mención al respecto de la ley sin número de 19 de mayo de 2010 que incorpora en ese mismo Código Penal el artículo 602 que en sus cuatro numerales efectivamente habla de la rebelión, diciendo de ésta que es de quien se levantare en armas, pero que en el caso de su defendido en ningún momento ha tenido armas o intentó levantar en armas a los miembros de la fuerza pública y que respecto a las demás causales, no se ajusta en ningún momento al actuar del sargento Cordonez. Sin embargo, agrega el defensor que el tipo penal por el que se acusó a su defendido con la entrada en vigencia del COIP el 10 de agosto de 2014, desapareció, por lo que la Corte Provincial en aplicación de los artículos 5 (principio de favorabilidad) y 72.2 de dicha normativa, debió extinguir la pena lo que no ocurrió; que se afirma que el referido tipo penal se ha subsumido en la disposición contenida en el artículo 283 inciso 4 del COIP, pero que este tipo penal se refiere al "ataque o resistencia" que nada tiene que ver con la conducta del artículo 146 del Código Penal por el cual se sancionó y juzgó a su representado, violándose con ello la ley.

(...) expone una cuarta alegación por indebida aplicación y errónea interpretación, indicando que el contenido de las declaraciones hechas por su defendido como mucho deberían ser consideradas como una contravención de primera clase, constante en el artículo 393.4 del COIP y no como se lo está juzgando como incitación a la rebelión de la fuerza pública.

(...) alega nuevamente la indebida aplicación y errónea interpretación al condenarse a su representado por el artículo 146 y al afirmarse en la sentencia recurrida (página 17) que tuvo el dominio fáctico del resultado típico, lo cual no es real pues era sargento en servicio pasivo que dio declaraciones, que no manejaba tropa y no tenía jerarquía, de ahí que mal podía tener el dominio del hecho, por lo que con ello se violó igualmente la ley.

Para concluir, reitera que en la sentencia recurrida existe una indebida aplicación, errónea interpretación y contravención expresa del texto de la ley, pide se case la sentencia a favor de su representado y se levanten las medidas que pesan en su contra" (Sic).

El doctor Iván Durazno, al fundamentar recurso de casación propuesto por Héctor Ramiro Manosalvas Arias, expresa que:

(...) "de conformidad al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal corresponde determinar las causales de violación a la ley, es decir, el in procedendo y el in iudicando de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha con fecha 13 de mayo de 2015. Agrega que son conocidos los hechos fácticos del denominado 30S del año 2010 y que el proceso penal dio inicio a los cuatro años violándose ya con ello el principio de plazo razonable, es así, que el Juzgado Sexto el 28 de octubre del 2014 dictó auto de llamamiento a juicio, el 23 de enero de 2015 se dicta sentencia de tres años de privación de la libertad en contra de su defendido y, en mayo de 2015, la Sala de la Corte Provincial ratifica dicha sentencia. Manifiesta entonces que en la sentencia recurrida se viola la ley por los argumentos siguientes: por existir contravención expresa del texto del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador al no cumplirse los estándares nacionales e internacionales de la debida motivación, pues la sentencia en referencia no es más que una mera transcripción de lo ocurrido en la audiencia oral llevada a efecto ante la Sala y de las pruebas presentadas en la etapa de juicio; que así tampoco cumple con el estándar internacional de teoría fáctica, probatoria y argumentativa con doctrina y jurisprudencia constitucional y, los estándares de la lógica, el silogismo y la conclusión de razonabilidad de las que habla Robert Alexy, por lo que se incurriría en una nulidad constitucional. Respecto a lo manifestado cita los procesos 415-2011, 1173-2012 y el 563-2011 de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en donde se dictó la nulidad constitucional por falta de motivación y, refiere también al respecto el caso Apitz Barrera y otros vs Venezuela como jurisprudencia internacional.

Continúa su alegación el defensor del recurrente indicando que se viola la ley por indebida aplicación del artículo 146 del Código Penal en concordancia con el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador (que refiere al principio de legalidad procesal); que se viola también por indebida aplicación el artículo 4 del Código Penal vigente a la época (interpretación extensiva, in dubio pro reo), pues la figura jurídica de ese entonces en que ya no existe delito, es la desagregación del delito del artículo 146 del Código Penal, esto es, se sentenció a su defendido con ese delito desagregado del régimen penal ecuatoriano, lo que es ratificado por la Sala de la Corte Provincial.

Refiere además el doctor Durazno que existe errónea interpretación del inciso cuarto del artículo 283 del Código Orgánico Integral Penal, pues Fiscalía, solicitó la subsunción del referido artículo 283 a lo que era otrora el 146 del Código Penal, desagregado como ya se dijo del régimen penal ecuatoriano, explicando acto seguido que alega una errónea interpretación porque la ley rige para lo venidero en materia penal, tal como reza el artículo 7 del Código Civil, de ahí que la irretroactividad de la ley va sólo para la favorabilidad o la ley más benigna cuando favorece al procesado.

Alega como cuarto fundamento una errónea interpretación de las reglas de la prueba de los artículos 79, 80, 81, 82 y 83 del Código de Procedimiento Penal lo que en doctrina se conocía como la doctrina POPI, esto es, la prueba pedida, ordenada, practicada e incorporada conforme a derecho; que no se refiere a la prueba por no ser motivo de casación sino a la valoración de la prueba ilegal, indicando que en la estructura de la sentencia consta la enunciación entre otros del testimonio del Cabo Primero Luis Gabriel Ramos Carrión quien dijo no ser perito sino policía judicial; el de la abogada Marcia Adriana Gómez Sánchez quien conjuntamente con el agente Chicaiza convenció a uno de los procesados para traerlo a Ecuador y darle una pena baja si colaboraba; de la ingeniera Gilma Ortiz quien realizó la experticia técnica de dos informes de investigación pero que también manifestó que no era perito; y, del señor Xavier Almache quien afirmó que tampoco era perito sino analista de Fiscalía. Por último respecto a la valoración de la prueba, el doctor Durazno se refiere a un CD que fue incorporado pero que corresponde a otra instrucción fiscal y que se presentó como prueba de la entrevista hecha a su patrocinado.

Como quinto fundamento se alega la violación de la ley por contravenir en forma expresa los artículos 2 del Código Penal, 2 del Código de

Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 76.3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador; de los artículos 1, 5 y 72 del Código Orgánico de la Función Judicial que refieren la favorabilidad o irretroactividad de la ley más favorable al recurrente; de los artículos 8 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, de los artículos 1 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El sexto fundamento expuesto por el doctor Durazno es la violación de la ley por contravenir expresamente los principios pro hominen, non bis in ídem, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y acceso a la justicia expedita, consecuentemente, se contraviene los artículos 11.9, 75, 76, 82 y 169 y 1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como el artículo 1 del Código de Procedimiento Penal, 5 del COIP (fundamentalmente el de derecho penal mínimo de sistema acusatorio).

Por último, la defensa del recurrente alega indebida aplicación del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la certeza y, para concluir dice que al existir violación de la ley en forma expresa del in procedendo e in iudicando, da como consecuencia el error judicial y violación del debido proceso, por lo que pide que en virtud del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, el principio iura novit curia, de las normas constitucionales y los artículos 425 y 425 de la supra constitucionalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se revise la sentencia impugnada". (Sic)

De su parte, el señor doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, en ejercicio del contradictorio respecto de los sendos recursos de casación planteados por los justiciables Cordonez Chazo y Manosalvas Arias, puntualiza que:

(...) "el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dictó una sentencia debidamente motivada en la que señala que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal y, la responsabilidad de los hoy recurrentes como autores de dicho ilícito, por lo que se les impuso la pena de cinco años de prisión y, por existir atenuantes, se les bajó a tres años; que los sentenciados interpusieron recurso de apelación y nulidad y la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desechó el recurso de nulidad declarando la validez del proceso y, desechó los recursos de apelación confirmando en todas su partes la sentencia de primer nivel, por lo que existe doble sentencia condenatoria conforme, por lo que los mismos sentenciados plantearon recursos de casación. Agrega el doctor García Falconí que el recurso de casación tiene su fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal que señala de manera categórica que es un recurso técnico, limitado y de naturaleza extraordinaria (porque un proceso normalmente termina en segunda instancia), ya que son los jueces de segunda instancia los que tienen la capacidad de valorar pruebas y no así el Tribunal de Casación, tal como está dispuesto en el segundo inciso del artículo antes referido así como en las sentencias de la Corte Nacional y Corte Constitucional. Dice además que el recurso de casación es una confrontación jurídica entre la sentencia de la Corte Provincial de Justicia y la ley, en el que se determina si existen errores in iudicando (con el Código de Procedimiento Penal aplicable al caso y en razón de que esa normativa legal existe el recurso de nulidad por lo que el proceso llega saneado a la Corte Nacional de Justicia). Manifiesta que los recurrentes han hecho alegaciones de tercera instancia (la que desapareció hace décadas en nuestra legislación) y que han fundado su fundamentación en causales contradictorias, esto es, indebida aplicación y errónea interpretación e incluso se habló de la contradicción expresa del texto de la ley, lo que en doctrina se conoce como "casación promiscua". Señala también que durante la fundamentación de los recursos se habló de errores judiciales y que éstos solo pueden ser analizados vía recurso de revisión; que además se hizo el análisis de hechos cuando en el recurso de casación sólo cabe analizar los errores de derecho y fundamentalmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada; que era obligación del recurrente establecer qué errores de derecho se cometió, qué ley se violentó y por qué causal, lo que no ha ocurrido.

(...) se refiere a la alegación del principio de favorabilidad hecha por los recurrentes, dando lectura del artículo 76.5 de la Constitución de la República y del 5.2 del COIP (aplicado principalmente en casos de narcotráfico), e indica que la normativa habla de la procedencia de la favorabilidad de contemplarse sanciones diferentes.

En cuanto a la afirmación del doctor Garófalo respecto a la falta de competencia y jurisdicción, refiere el doctor García Falconí que la jurisdicción es la capacidad o facultad de los señores jueces de administrar justicia, de ahí que todos los jueces

tienen jurisdicción pero la competencia está limitada por los grados de las personas, la materia y el territorio, por lo que el juez competente para conocer en materia penal es el del lugar donde se cometió el delito, es decir, que el competente es el juez de garantías penales de Quito por lo que no cabe tal aseveración.

Recalca que la fundamentación del recurso es errada por cuanto se han señalado dos causales que son evidentemente contradictorias como causantes de una infracción de la ley.

En cuanto a la argumentación por parte del doctor Durazno en la que se refirió que se violó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, debe indicar que aquellos tienen varias disposiciones, por lo que era obligación del casacionista especificar las normas transgredidas, por lo que hizo la misma observación en cuanto a la alegación de haberse violentado los artículos 75, 76, 82 y 169 de la Constitución de la República.

(...) señala que no se ha justificado en los términos técnicos que se requieren los recursos interpuestos, por lo que solicita se desechen los dos recursos de casación y se disponga que el proceso regrese al juez de primer nivel a fin de que se cumpla la sentencia recurrida". (Sic)

En réplica, Cordonez Chazo insiste que se case la sentencia, en tanto que Manosalvas Arias señala que:

"*ha recurrido de la sentencia de la Sala de la Corte Provincial de Justicia; que hoy el recurso de casación se fundamenta de manera oral; que en la actualidad la hermeneútica es pro hominen no es persecutoria, ad hominen ni en contra del ser humano, hoy no puede interpretarse analógicamente ni extensivamente; que no se ha analizado los hechos sino la valoración de la prueba, determinando qué artículos y principios jurídicos consideran violados". (Sic)*

El ciudadano Gustavo Arcos Pepinos, quien no ha formulado recurso extraordinario de casación, a través de su defensora técnica, doctora Olga Pepinos, señala que:

"fue sentenciado a tres años de prisión, aclarando que él voluntaria y públicamente se presentó ante la justicia y, que el Gobierno Nacional ofreció proteger sus derechos, pero que eso no ocurrió; que por resolución en la audiencia de flagrancia se ordenó que cumpliera su pena en la cárcel No. 4, pero que solo estuvo allí los primeros meses y luego fue trasladado a Latacunga sin ninguna orden judicial; y, que además su defendido ha sido privado de una serie de derechos estipulados en la Constitución y los Tratados Internacionales". (Sic)

El ciudadano Jorge Naun Cordonez Chazo, en ejercicio de su derecho a ser escuchado, expresa que:

(...) "es lamentable que se le pretenda sancionar por haber emitido expresiones frente a la Recoleta, entre ellas; que las grandes insurrecciones se dieron porque se irrespetaron los derechos de las personas, que el señor Presidente de la República debe ir a los cuarteles a vigilar la constancia y comportamiento de sus miembros, que el señor Ministro de Defensa tiene que irse del Ministerio porque no nos ha escuchado y, que esas expresiones no pueden acarrear de modo alguno en delito. Añade que en ninguna parte de la resolución se indica que haya estado en los tres lugares Recoleta, Regimiento Quito o aeropuerto; se pregunta por el principio de proporcionalidad si no estuvo en esos lugares; que tampoco los testigos pronunciaron su nombre en dicha resolución y, que lo que pasó es que se le pretende vincular con un video que fue entregado al señor Fiscal cuando fueron al allanamiento del señor Fabián Arcos en el año 2014 cuando los hechos se suscitaron en el 2010 y se pretende sancionarlo con la misma cantidad de años. Concluye indicando que en la página 5 de la resolución por parte de la defensa del señor Cordonez se manifestó que según la dogmática contemporánea cuando se baraca con la competencia de autor a varias personas en la teoría del dominio del hecho, debe existir una identidad de acción, escenario y tiempo y, en el presente caso, existieron tres escenarios: Regimiento Quito, antiguo Aeropuerto y recoleta, pero el señor Cordonez no se encontraba en los tres escenarios sino que únicamente se dieron declaraciones frente a la Recoleta, por lo que no existe identidad de acto, tiempo y acción y, no podría inculpársele con la misma proporción de la pena. Que en la misma hoja se indica que el señor Cordonez llegó al sector de la Recoleta a eso de las 10 de la mañana y no se determinan las declaraciones hechas en ese entonces o si tuvo o no una incidencia en el hecho, esto es, sí causaron efecto para una insurrección o rebelión. Que las declaraciones las hizo sin armas, fuera del Ministerio y no en los recintos militares". (Sic)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación tiene naturaleza anulatoria.[4] Se origina en los ordenamientos jurídicos de la revolución francesa del siglo XVII, mediante la ley número 27 de primero de diciembre de 1790 dictada por la Asamblea Nacional que creó un Tribunal de casación para anular aquellos procedimientos violatorios expresados en las sentencias.

Mediante casación se analiza el ordenamiento jurídico y su aplicación por los jueces en el caso concreto. Es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el que órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en 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.

De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción. La falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; 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.[5]

La segunda área del error *in iudicando,* tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que se devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho a recurrir, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con los artículos: 8.2.h CADH[6] 14.5 PICP.[7] A través de la casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por indebida aplicación de la misma; o, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 CPP.[8]

En la especie, confluyen argumentos propios de casación y otro que ataca la motivación de la sentencia dictada por el tribunal adquem, de modo que estrictu sensu corresponde aplicar un test de motivación y superado aquello, de ser procedente, atender los cargos casacionales propuestos por la defensa técnica de los ciudadanos Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias.

El doctor Iván Durazno, defensor de Héctor Ramiro Manosalvas Arias, acusa que la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no cumple el estándar de motivación dado en el artículo 76.7.l CRE lo que opera, a su parecer mediante contravención expresa de este derecho de rango constitucional.

En la especie, el tribunal adquem, conformado por los doctores Mónica Bravo Pardo, Fabricio Rovalino Jarrín y Miguel Narváez, dicta sentencia (por unanimidad) el día 13 de mayo de 2015, las 08:26, en que se rechaza el recurso de apelación propuesto por Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias y, ratifica en todas sus partes la sentencia venida en grado.

---

4 Humberto Fernández, *La casación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Ed. Leyer, 4ª. ed., s.f., p. 26.

5 Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. ed., México, pp. 615-619.

6 *Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior*

7 *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.*

8 Por tanto, a través de este medio no se puede revalorar la prueba. No obstante, por excepción, cuando el juzgador comete errores de derecho en la valoración de la prueba, procede su corrección, siendo sus objetivos: a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta; b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

La sentencia del adquem consta de 41 páginas, de las cuales 17 (35 vta. a 43) que constituyen más del treinta y dos por ciento del documento escrito, son una transcripción literal de los asertos de los testigos que han comparecido a juicio y de la prueba documental actuada por las partes, principalmente de la Fiscalía General del Estado que por determinación constitucional, tiene el onus probandi (carga de la prueba) en tratándose de delitos de acción pública, en que se incluye el de incitación para la rebelión, tipificado y sancionado por el artículo 146 CP (ultractivo para este caso) y que en su parte literal dice:

> **Art. 146.-** El que incitare a la rebelión o indisciplina de la Fuerza Pública, será reprimido con prisión de dos a cinco años y multa de diecisiete a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América.
>
> Si como consecuencia de la incitativa resultare un conflicto en el cual se produjeren lesiones a personas, la pena será la reclusión menor de tres a seis años y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América; y si se produjere la muerte de una o más personas, la pena será de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria y multa de ochenta y siete a ciento setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América.

En relación con el caso en examen, se debe considerar que sobre el derecho a la motivación, la Corte Constitucional ha expresado que:

> *"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 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. Es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se ha producido con apego a la Constitución y las leyes que rigen un caso concreto".*[9]

Jurisprudencia que es coherente con el estándar internacional dado por la Corte IDH que sobre este derecho ha puntualizado que:

> *"es la exteriorización de la justificación razonada que permite legar a la conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones en el marco de una sociedad democrática".*[10]

La motivación debe producir un enlace entre los hechos atribuidos a los justiciables (contenido fáctico), y las normas en este caso penales aplicables al caso concreto (contenido iure), que deben ser la resultante de la prueba actuada en juicio para su posterior declaración ya sea de condena o absolución. Es por ello que, este enlace se produce a través de la subsunción, en que la regla legal, cuidadosamente formulada, es una premisa del argumento deductivo y el enunciado de los hechos con su relación con esa regla es la segunda premisa. Consecuentemente, el resultado de aplicar la regla a los hechos conducirá a la sentencia.[11]

En este sentido, los hechos atribuidos a los justiciables consta del considerando sexto intitulado: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA, particularmente en el numeral 6.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL, se fijan las normas constitucionales y legales inherentes al caso y en el numeral 6.1.2 se transcribe el contenido del artículo 146 CP atribuido a los justiciables. Por tanto, se sienta la premisa legal, en este caso sustantiva penal atribuida a los procesados, y, extrañamente, en modo desordenado, luego el contenido fáctico atribuido a éstos, para lo cual el tribunal adquem transcribe la imputación fiscal realiza por el doctor Francisco Utreras quien sostiene que:

> *"la Fiscalía probará que en ejercicio de la facultad conferida por el Art. 195 de la Constitución de la República y en representación de los intereses de la sociedad, dentro del proceso que se instruyó en contra de los señores Fabián Gustavo Arcos Pepinos,*

[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 003-10-SEP-CC. Registro Oficial 117 de 27 de enero de 2010. En igual sentido, Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 069-10-SEP-CC, Registro Oficial 372 de 27 de enero de 2011.
[10] Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. párr. 77
[11] Roberto Lara

Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Jorge Naun Cordonez Chazo a quienes Fiscalía les atribuye el cometimiento del delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal en el grado de autores directos conforme lo determina el Art. 42 Ibídem, normas aplicables en base a lo que establece la Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico Integral Penal, delito que comprometió la paz y la dignidad del Estado ecuatoriano, que una serie de hechos ilícitos sucedieron en nuestro país el 30 de septiembre de 2010, en el decurso del día fueron propagándose hacía otras provincias del territorio ecuatoriano, que de las jornadas del 30 de septiembre del año 2010 se pudo observar que en horas de la mañana una especie de protesta laboral realizado por agente del orden público, militares, distintos actores sociales, incluso por militares en servicio activo y pasivo; poco a poco fue cambiando de un grito de protesta laboral cual símil de derechos adquiridos (Sic), a escenarios que desembocaron hacia lamentables iter criminis (Sic) que serán recordados como hechos oscuros que sucedieron en nuestro país, como lamentablemente que efectivamente ocurrieron el día 30 de septiembre del año 2010, que estos hechos lamentables (Sic) que quedan en la historia del Ecuador están tendientes a desconocer el orden y el gobierno legalmente constituido hasta ese entonces...

... El día 30 de septiembre de 2010, se vivió un verdadero estado de conmoción social y a través de los medios de comunicación se pudo observar como estos desmanes de venían desencadenando en distintos puntos de la ciudad capital, específicamente se ubican estos desmanes, y violencias en el Hospital de la Policía Nacional... en las afueras del Ministerio de Defensa... y en la Base Aérea Ecuatoriana...

... En estos lugares estuvieron presentes los señores Fabián Gustavo Arcos Pepinos, Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Jorge Naun Cordonez Chazo...

... Específicamente el señor Fabián Gustavo Arcos Pepinos estuvo presente en horas de la mañana en el Regimiento Quito No. 1 realizando una persecución al Presidente de la República hacia el Hospital de la Policía Nacional; cuando el Presidente de la República ingresó al Hospital de la Policía Nacional a la Sala de emergencias, en la parte externa de dicho lugar el señor Fabián Gustavo Arcos Pepinos rodeado de policías en servicio activo incitó a que en una ambulancia se dé la búsqueda del señor Presidente de la República para que no lo dejen escapar, porque tal vez se encontraba escondido, disfrazado dentro de una ambulancia; posterior a esto el señor Fabián Arcos Pepinos se trasladó hasta el sector de La Recoleta donde saludó con el señor Héctor Ramiro Manosalvas Arias; en este sector los señores Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Jorge Naun Cordonez Chazo dieron declaraciones a reconocidos periodistas, y a medios de comunicación, declaraciones que lo realizaron en un sector público que es el Parque de La Recoleta, lugar en el que militares en servicio activo, completamente uniformados en total desobediencia al ordenamiento constitucional se insubordinaron, que el señor Héctor Ramiro Manosalvas Arias dio declaraciones, dio declaraciones a la prensa, lugar donde se encontraba rodeado de un grupo de militares en servicio activo indicando que existe una ley de personal que les afecta en sus remuneraciones...

... en ese mismo escenario el señor Jorge Naun Cordonez Chazo dio declaraciones a medios de comunicación, rodeados por militares en servicio activo que se encontraban todos ellos uniformados, y sublevados, que las declaraciones que él dio fueron dirigidas a que se tiene que desconocer el orden constituido...

... luego de que están en La Recoleta los señores, Héctor Ramiro Manosalvas Arias y Fabián Gustavo Arcos Pepinos, se dirigieron nuevamente a la Av. Mariana de Jesús lugar en el que se despidieron ambos dirigiéndose con el señor Fabián Gustavo Arcos Pepinos (Sic) hacia la avenida Occidental rumbo al norte, se quedó en la Avenida Carlos V y se dirigió a la Base Aérea Ecuatoriana, ingresó a este lugar y escuchó el discurso de un alto funcionario del ejército que expresó que todas las bonificaciones y condecoraciones, específicamente los derechos que se les estaba adeudando van a ser acreditados en los próximos días a sus cuentas; que con eso terminó prácticamente la jornada de estas tres personas, el día 30 de septiembre de 2010...

Lo precisado en líneas precedentes constituye los hechos atribuidos a los justiciables por la Fiscalía General del Estado, órgano encargado de la persecución penal pública, correspondiendo al tribunal de apelación, en razón del recurso propuesto por los procesados, establecer si cabe o no los argumentos esbozados respecto de la condena impuesta a éstos.

Frente a los hechos atribuidos (acusados) corresponde establecer los hechos probados, para lo cual

el tribunal adquem, mediante subsunción, debe adecuar el contenido fáctico (hechos) en la norma sustantiva penal (contenido iure) y para ello debe analizar la prueba actuada en juicio que debe conducir necesariamente a la justificación del par jurídico: delito-responsabilidad de conformidad con la exigencia prevista en el artículo 85 CPP que dice: *La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.* Regla que se replica actualmente en el artículo 453 COIP.[12]

Para la adecuación de los hechos en la norma sustantiva penal, que en el caso in examine, se trata del artículo 146 CP, el tribunal debió aplicar un juicio de tipicidad por el que se establezca los elementos constitutivos del delito, determinándose a la luz de la prueba, sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos y pena.

En este sentido debe considerarse la relación existente entre tipo penal y juicio de tipicidad. El tipo es una figura que resulta de la abstracción efectuada por el órgano encargado de legislar[13], que en el caso ecuatoriano, por determinación constitucional, es la Asamblea Nacional, conforme el artículo 120.6 CRE[14]. En tanto que, el juicio de tipicidad se relaciona con el principio de legalidad, determinado en el artículo 76.3 CRE[15], y su aplicación al caso concreto por el órgano jurisdiccional que debe relacionar los hechos imputados (acusados) por Fiscalía General del Estado, en tratándose de delitos de acción pública, versus los hechos probados, para luego emitir una decisión ya sea de condena o absolución.

Mediante el juicio de tipicidad, el órgano jurisdiccional coteja los hechos atribuidos versus la norma penal, determinando en su orden:

a. La existencia del delito a través de sus elementos constitutivos; (art. 146 CP)
b. La existencia de circunstancias atenuantes (art. 29 CP) y/o agravantes (art. 30 CP) que conduzcan a la fijación de la justa medida de la pena y de modo individual. (art. 76.6 CRE)
c. Individualización del grado de participación de los procesados, ya sea en calidad de autor (material e/o intelectual) cómplice y/o encubridor[16]; (arts. 42 – 44 CP).[17]

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[12] **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.

[13] Rafael Márquez Piñero, El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, Universidad Autónoma de México, Primera reimpresión, 1992, p. 165.

[14] **Art. 120.-** La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:
(...) 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio (...)

[15] **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que se 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 aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...

[16] Jacobo López, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, España, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 153-156. La culpabilidad tiene doble faceta: como fundamento de la pena y como medida de la pena. Como fundamento de la pena, el principio de culpabilidad conforma el principio axiomático de que ***no hay pena sin culpabilidad***, lo que significa que no cabe culpabilidad sin que concurra dolo o imprudencia según el delito de que se trate. Como medida de la pena se ha de tener en cuenta que: a) permite establecer graduaciones; y, b) impide que por fines de prevención se imponga una pena más grave de la medida de culpabilidad.

[17] Jacobo López, op. Cit., pp. 151-156. La pena se fundamenta en la culpabilidad pero no en criterios de prevención. Por ello la culpabilidad limita la medida de la pena en concreto.
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.
Art. 43.- Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.
Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que se pretendió ejecutar.

Finalmente la medida de la pena, se desarrolla a partir de lo que dispone el artículo 76.6 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: ... La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza…* Limitación constitucional al ius puniendi que luego se desarrolla en el esquema legal sustantivo[18] que es la base para la dictación de la justa medida de la pena por el órgano jurisdiccional en el caso concreto. De ahí que, la proporcionalidad de la pena tiene una doble dimensión; ya sea como una técnica legislativa (pena en abstracto) o como una facultad jurisdiccional (pena en concreto).[19]

En tal sentido, la Corte Constitucional (para el período de transición) en la sentencia número 006-12-SCN-CC, caso número 0015-11-CN considera que la proporcionalidad de la pena es una técnica legislativa que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y dentro de éstos parámetros se debe determinar la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el Juez debe determinar y motivar en el caso concreto.[20]

En la especie, el tribunal de apelación en su sentencia, no establece este juicio tipicidad, para racionalizar la decisión puesto que frente a los hechos atribuidos, corresponde establecer, mediante subsunción, los hechos probados, estableciéndose así un enlace lógico entre los hechos, derecho, prueba y conclusiones. Proceso lógico jurídico que en la especie inexiste como mecanismo de racionalización de la decisión judicial del adquem, constando tan solo en el numeral 6.3.1 intitulado: DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACUSADOS, la enumeración de varios medios de prueba actuados en juicio (testimonios de: Daniel Gómez, Luis Tipantuña, Benito Rolando Masache, Luis Ramos) sin que se explique conste el razonamiento judicial sobre la adecuación en el artículo 146 CP.

Acto seguido, el tribunal adquem, en el numeral 6.2 intitulado: DE LA RESPONSABILIDAD, deja sentados los numerales:

6.2.1 intitulado: Sobre la responsabilidad penal del procesado HECTOR RAMIRO MANOSALVAS ARIAS.

6.2.2 Sobre la responsabilidad penal del procesado JORGE NAUN CORDONEZ CHAZO

Sin embargo, de dejarse, sentados dos numerales respecto de los procesados Manosalvas Arias (6.2.1), y Cordones Chazo (6.2.2) no existe un razonamiento individualizado de la participación penal tal y como lo exige el artículo 309.2 CPP que trata sobre los requisitos de la sentencia y en lo atinente a la responsabilidad penal de los procesados exige:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Art. 44.- Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

[18] Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 93.
Estos diez axiomas son:
A1. Nulla Poena sine Crimine.
A2. Nullum Crimen sine lege.
A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
A4. Nulla Necessitas sine iniuria.
A5. Nulla iniuria sine actione.
A6. Nulla actio sine culpa.
A7. Nulla culpa sine judicio.
A8. Nullum iudicium sine acusatione.
A9. Nulla Acusatione sine probatione.
A10. Nulla Probatio sine defensione.

[19] Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Repertor, 8ª. ed., 2012, pp. 721. El autor establece tres formas de determinación de la pena: abstracta, por el asambleísta; judicial, por el órgano jurisdiccional en el caso concreto; y penitenciaria, en el régimen de cumplimiento de la pena una vez declarada en juicio.

[20] Véase el contenido íntegro de la sentencia en: www.corteconstitucional.gob.ec

> ***Art. 309.-*** *Requisitos de la sentencia.- La sentencia reducida a escrito, deberá contener:*
> ***(...)*** *2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados(...)*

Exigencia que es concordante con el artículo 310 ibídem que dice:

> ***Art. 310.-*** *Varios acusados.- Si fueren varios los acusados, el tribunal de garantías penales debe referirse en la sentencia a cada uno de ellos, indicando si son autores, cómplices o encubridores, o declarando, en su caso, la inocencia.*

En el caso in examine, esta presupuesto legal no se cumple por el tribunal de apelación, pues a pesar de que se enumera a los procesados Manosalvas Arias y Cordonez Chazo, no consta del razonamiento judicial: la enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstancias del hechos punible y de los actos del acusados que el tribunal estime probados; y, no hay individualización para los fines de la determinación de autoría, complicidad o encubrimiento.

Además, el órgano jurisdiccional deja de pronunciarse sobre la situación jurídica del coprocesado Fabián Gustavo Arcos Pepinos quien no habría interpuesto recurso alguno, pero exigía un pronunciamiento del tribunal sobre su estatus.

De otro lado, habiéndose precisado que el juicio de tipicidad sirve para la adecuación de los hechos en la norma, a la luz de la prueba, para la determinación de condena o absolución, es necesario puntualizar que este es imprescindible al momento de resolver, ya sea a petición de parte o ex oficio, la aplicación del principio de favorabilidad, por el que debe establecerse en primer lugar, conforme la primera disposición transitoria COIP[21], si la conducta atribuida a los justiciables, consta actualmente dentro el nuevo catálogo de delitos de la ley posterior (COIP), y una vez resuelto aquello establecer su contenido (elementos constitutivos, circunstancias agravantes, circunstancias atenuantes, etc.) y determinar las consecuencias penales derivadas con atribución o no de responsabilidad penal en los grados de participación de autoría, complicidad, encubrimiento previstas anteriormente en el CP.

En tal sentido, la sentencia del adquem, al carecer del juicio de tipicidad para motivar la sentencia, tampoco racionaliza la aplicación del principio de favorabilidad en ausencia de este análisis. Consecuentemente, esta decisión judicial no es razonable, lógica ni comprensible, en los términos que ha establecido la Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución en el Ecuador[22]. Por ello, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un conjunto de razonamiento de hecho y de derecho realizado por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustenten la decisión. No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión".[23] Por tanto, a diferencia de la obediencia del pueblo al derecho, la sentencia del juez descansa, generalmente, sobre el conocimiento del derecho y la obediencia a él.[24] Consecuentemente, *en derecho debe diferenciarse que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificativo.*[25]

Conforme lo expresado en líneas precedentes, desde la perspectiva del juicio de hecho o culpabilidad, el tribunal adquem, de forma motivada, conforme el artículo 76.7.l CRE, debe aplicar el principio

[21] 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**. (énfasis añadido)

[22] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, 4 de febrero de 2015. En sede ordinaria véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sentencia de casación nro. 867-2014

[23] Roger Zavaleta, *Razonamiento Judicial, Interpretación*, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales, 2006, ARA Editores, 2ª. Ed., Lima. pp. 369-370.

[24] Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho,* 2005, Fondo de Cultura Económica, 9ª. reimpresión, México, pp. 18,19

[25] Manuel Atienza, *El Sentido del Derecho, Barcelona*, Ariel Derecho, 5ª. ed., 2009, pp. 254-264

de razón suficiente[26] por el que necesariamente le corresponde razonar dos elementos: a. el material probatorio en que se fundan las conclusiones, describiendo el contenido de cada elemento de prueba relevante (requisito descriptivo); y, b. valorar este acervo de forma que luego, sirva para ligar con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo (requisito intelectivo).

4. RESOLUCIÓN

Por lo 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,** por mayoría, declara la nulidad constitucional por infracción al artículo 76.7.l CRE, manifestada en la sentencia dictada por el tribunal adquem. Por tanto, vuélvase al estado en que se realice audiencia de apelación ante órgano jurisdiccional competente, luego de lo cual se ha de dictar la sentencia que en derecho corresponde. La nulidad se la declara con costas a cargo de los jueces que conformaron órgano jurisdiccional de apelación y dictaron la sentencia hoy nulitada. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. **NOTIFÍQUESE.**

f) Dr. Richard Villagómez Cabezas. CONJUEZ NACIONAL; Dr. Edgar Flores Mier. CONJUEZ NACIONAL; Dr. Luis Enriquez Villacrés. JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO).

VOTO SALVADO
Juicio No. 715-2015-SF
Juez Ponente: Dr. Luis Enriquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, miércoles 1 de junio de 2016; las 09h34.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

El 28 de octubre de 2014, las 08h23, el Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Fabián Gustavo Arcos Pepinos, Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, por presumirlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42 ibídem; por lo que, confirmó las medidas de carácter real y personal en contra de los acusados.

El 23 de enero de 2015, las 15h55, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados por considerarlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal; y, en aplicación del principio constitucional de favorabilidad, al haber entrado en vigencia el Código Orgánico Integral Penal se les impuso la pena de cinco años de privación de la libertad; sin embargo, los acusados Fabián Gustavo Arcos Pepinos y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, al haber justificado circunstancias atenuantes se les impuso la pena definitiva de tres años; resolución de la cual, los sentenciados Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, interpusieron recursos de nulidad y apelación.

El 13 de mayo de 2015, las 08h26, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, rechazó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia subida en grado; en tal virtud, los citados impugnantes presentaron recursos de casación por no estar conforme con la decisión, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

HECHOS

Fueron relatados en resumen de la siguiente manera por el *a-quo:*

Ante la exposición fiscal acusatoria, se verifica que la presente causa tiene como antecedente los hechos ocurrido el 30 de septiembre de 2010, en el Distrito Metropolitano de Quito, en diferentes lugares de la ciudad, donde se identificó a los hoy

[26] Tomás Gálvez, Nuevo Ordenamiento Jurídico y Jurisprudencia, Ideas solución Editorial, Perú, 2015, T.II, p. 279

acusados Gustavo Arcos Pepinos, Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, mediante medios de audio y video en la participación de los acontecimientos que provocaron manifestaciones y revueltas desarrolladas en el Hospital de la Policía Nacional, Regimiento Quito No. 1, exteriores del Ministerio de Defensa y en la base aérea produciéndose incluso el cierre de operaciones de vuelos internacionales; por lo tanto, se inició un proceso investigativo en contra de los pre mencionados acusados por el delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal.

COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art. 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los arts. 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

El Tribunal está conformado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; señores doctores Edgar Flores Mier y Richard Villagómez Cabezas, Conjueces Nacionales, por licencias concedidas, al señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, conforme consta en los oficios No. 524-SG-CNG-MBZ y 505-GS-CNJ-GMC, suscritos por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

TRÁMITE

De conformidad a 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 del inicio del proceso, que para el caso *in examine* son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el art. 349 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo estipulado en el art. 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al no haberse advertido causal que pueda anular o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

Fundamentación del recurrente Jorge Naun Cordonez Chazo, por parte de su abogado defensor.

a) Se ha contravenido al texto de la ley dentro de la primera parte de la sentencia recurrida en la página 1, atinente a la competencia, bajo el argumento de que Fiscalía debió iniciar las investigaciones sometiendo a la jurisdicción de un juez que se ubique en el sector la Recoleta de la ciudad de Quito, sin embargo, el proceso se inició en el Juzgado Sexto de Garantías Penales de Carcelén.

b) Existe indebida aplicación y errónea interpretación de la ley, ya que, se sancionó al recurrente por considerárselo autor conforme el art. 146 del Código Penal, a lo cual, señala que el impugnante simplemente emitió comentarios como un ciudadano más, sin ninguna autoridad, no teniendo poder de convocatoria, no intentando levantar en armas a los miembros de la fuerza pública.

c) El tipo penal por el que se sancionó al recurrente, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se extinguió; por lo que, la Sala de Apelación en aplicación del principio de favorabilidad debió extinguir la pena, lo cual no ocurrió, por cuanto, se ha subsumido la conducta en el tipo penal descrito en el artículo 283.4 ibídem.

d) Existe indebida aplicación y errónea interpretación, por considerar que las declaraciones vertidas en el día de los hechos deberían ser sancionadas como una contravención de primera clase constantes en el artículo 393 del Código citado *supra*.

En virtud de lo argumentado el casacionista solicita se acepte el recurso, concluyendo que no tenía el dominio del hecho para que sea susceptible de sanción penal.

Fundamentación del recurrente Héctor Ramiro Manosalvas Arias, por parte de su defensa técnica.

a) En la sentencia recurrida se ha contravenido al texto de la norma contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto, el fallo es una mera transcripción de lo ocurrido en audiencia de juicio y sobre las pruebas evacuadas, sin que exista una teoría fáctica, probatoria, argumentativa con doctrina y jurisprudencia constitucional y estándares de lógica y vínculos entre el silogismo y la razonabilidad; por ende, el fallo objetado ha incurrido en una nulidad constitucional.

b) Existe una indebida aplicación del artículo 4 y 146 del Código Penal, en concordancia con el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, pues, la figura jurídica del delito por el que se sancionó al recurrente ha desaparecido del nuevo cuerpo normativo vigente.

c) Existe una errónea interpretación del artículo 283 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, ya que, Fiscalía solicitó la subsunción del artículo 146 del Código Penal en la referida norma citada *supra*.

d) Se ha interpretado erróneamente las reglas de la prueba conforme los artículos 76, 80, 81, 82 y 83 del Código de Procedimiento Penal, referente a la forma de valoración probatoria.

e) Se ha contravenido de forma expresa lo dispuesto en los artículos 2 citado en el párrafo anterior, en concordancia a lo determinado en el artículo 76.3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador; así mismo, se han vulnerado bajo el mismo presupuesto casacional los artículos 1, 5 y 72 del Código Orgánico de la Función Judicial; 8 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, 1 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

f) Se ha contravenido los principios: pro hominem, non bis in ídem, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y acceso a la justicia, consecuentemente se ha contravenido los artículos 11.9, 75, 76, 82 y 169 de la Carta Magna, 1 y 5 del Código Orgánico Integral Penal.

g) Existe una indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal respecto de la certeza del delito, lo que vulnera el debido proceso, en ese sentido solicita se case la sentencia.

Contestación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado a la fundamentación de los recursos propuestos por los casacionistas.

a) El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dictó una sentencia debidamente motivada en la que señala que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Penal y, la responsabilidad de los hoy recurrentes como autores de dicho ilícito, por lo que se les impuso la pena de cinco años de prisión y, por existir atenuantes, se les redujo a tres años.

b) El recurso de casación tiene su fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal que señala de manera categórica que es un recurso técnico, limitado y de naturaleza extraordinaria (porque un proceso normalmente termina en segunda instancia), ya que, son estos jueces los que tienen la capacidad de valorar pruebas y no así el Tribunal de Casación, tal como está dispuesto en el segundo inciso del artículo antes referido, así como en las sentencias de la Corte Nacional y Corte Constitucional, además este recurso es una confrontación jurídica entre la sentencia de la Corte Provincial de Justicia y la ley, en el que se determina si existen errores in iudicando (con el Código de Procedimiento Penal aplicable al caso y en razón de que en esa normativa legal existe el recurso de nulidad por lo que el proceso llega saneado a la Corte Nacional de Justicia), en tanto que, los recurrentes han hecho alegaciones de tercera instancia (la que desapareció hace décadas en nuestra legislación) y que han fundado su argumentación en causales contradictorias, esto es, indebida aplicación y errónea interpretación e incluso se habló de la contradicción expresa del texto de la ley, lo que en doctrina se conoce como "casación promiscua".

c) Durante la fundamentación de los recursos se habló de errores judiciales y que éstos solo pueden ser analizados vía recurso de revisión; y, además se hizo el análisis de hechos cuando en el recurso de casación solo cabe analizar los errores de derecho y fundamentalmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada y era obligación de los recurrente establecer qué errores de derecho se cometió, qué ley se violentó y por qué causal, lo que no ha ocurrido.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

d) En cuanto a la alegación del principio de favorabilidad hecha por los recurrentes, conforme los artículos 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador y del 5.2 del COIP (se aplica principalmente en casos de narcotráfico), y la normativa habla de la procedencia de la favorabilidad de contemplarse sanciones diferentes.

e) En cuanto a la afirmación del doctor Garófalo respecto a la falta de competencia y jurisdicción, la jurisdicción es la capacidad o facultad de los señores jueces de administrar justicia, de ahí que todos los jueces tienen jurisdicción pero la competencia está limitada por los grados de las personas, la materia y el territorio, por lo que el juez competente para conocer en materia penal es el del lugar donde se cometió el delito, es decir, que el competente es el Juez de garantías penales de Quito por lo que no cabe tal aseveración.

f) En cuanto a la argumentación por parte del doctor Durazno en la que refirió que se violó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, era obligación del casacionista especificar las normas transgredidas, por lo que hizo la misma observación en cuanto a la alegación de haberse violentado los artículos 75, 76, 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

g) Por lo expuesto no se ha justificado en los términos técnicos que se requieren los recursos interpuestos, por lo que, solicita se desechen los dos recursos de casación y se disponga que el proceso regrese al juez de primer nivel a fin de que se cumpla la sentencia recurrida.

Intervención del sentenciado Fabián Gustavo Arcos Pepinos (no recurrente)

Fue sentenciado a tres años de prisión, aclarando que él voluntaria y públicamente se presentó ante la justicia y, que el Gobierno Nacional ofreció proteger sus derechos, pero que eso no ocurrió; que por resolución en la audiencia de flagrancia se ordenó que cumpliera su pena en la cárcel No. 4, pero que estuvo allí los primeros meses y luego fue trasladado a Latacunga sin ninguna orden judicial; y, que además ha sido privado de una serie de derechos estipulados en la Constitución y los Tratados Internacionales.

Derecho de última palabra del procesado Jorge Naun Cordonez Chazo.

a) Es lamentable que se le pretenda sancionar por haber emitido expresiones frente a la Recoleta, entre ellas: que las grandes insurrecciones se dieron porque se irrespetaron los derechos de las personas, que el señor Presidente de la República debe ir a los cuarteles a vigilar la constancia y comportamiento de sus miembros, que el señor Ministro de Defensa tiene que irse del Ministerio porque no ha escuchado y, que esas expresiones no pueden acarrear de modo alguno en delito.

b) Añade que en ninguna parte de la resolución se indica que haya estado en los tres lugares Recoleta, Regimiento Quito o aeropuerto; se pregunta por el principio de proporcionalidad si no estuvo en esos lugares; que tampoco los testigos pronunciaron su nombre en dicha resolución y, que lo que pasó es que se le pretende vincular con un video que fue entregado al señor Fiscal cuando fueron al allanamiento del señor Fabián Arcos en el año 2014, cuando los hechos se suscitaron en el 2010 y se pretende sancionarlo con la misma cantidad de años.

c) En la página cinco de la resolución por parte de la defensa del señor Cordonez, se manifestó que según la dogmática contemporánea cuando se abarca con la competencia de autor a varias personas en la teoría del dominio del hecho, debe existir una identidad de acción, escenario y tiempo y, en el presente caso, existieron tres escenarios: Regimiento Quito, antiguo Aeropuerto y recoleta, pero el señor Cordonez no se encontraba en los tres escenarios sino que únicamente se dieron declaraciones frente a la Recoleta, por lo que no existe identidad de acto, tiempo y acción y, no podría inculpársele con la misma proporción de la pena.

d) En la misma hoja se indica que el señor Cordonez llegó al sector de la Recoleta a eso de las 10 de la mañana y no se determinan las declaraciones hechas en ese entonces o si tuvo o no una incidencia en el hecho, esto es, si causaron efecto para una insurrección o rebelión; y, en las declaraciones las hizo sin armas, fuera del Ministerio y no en los recintos militares.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

Parámetros de análisis del recurso de casación.

Esta impugnación extraordinaria, está dirigida a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, por su naturaleza es de carácter extraordinario, por cuanto,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

exigen motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a su vez de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto, que no es el que verdaderamente tienen. En conclusión, la casación es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 349 Código Adjetivo Penal), fuera de las cuales su consecuencia es la declaración de improcedencia del recurso planteado.

Coherente con lo expuesto, Gilberto Martínez Rave, en la obra "Procedimiento Penal Colombiano" quien agrega que el recurso extraordinario 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."[1]. En virtud de aquello, el recurrente debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.

Al ser la casación un recurso limitado ha de considerárselo como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencias de asegunda instancia, cuando se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde su último inciso determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Tribunal de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, ya que sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley.

En vista de lo enumerado precedentemente, las causales que contiene la norma citada *supra,* corresponden a las formas en que la sentencia de apelación puede vulnerar la ley, y estas se refieren a: **i)** contravención expresa de su texto; este tipo de casual, engloba normas mandatorias, permisivas y prohibitivas, que regulan la actividad juzgadora, por el hecho de contener una disposición dirigida al administrador de justicia; es decir, que la verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el juez ha actuado en contrario a lo que la norma del derecho sustantivo, adjetivo o constitucional le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta. **ii)** La indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta, que el juzgador ha seleccionado y atribuido ha determinado caso, y su convergencia radica en que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene; y, **iii)** errónea interpretación, que se refiere a que el juzgador, habiendo tomado aquel precepto jurídico, incorporado a un artículo del ordenamiento jurídico que es el correcto, la apreciación comprensiva que el administrador de justicia le da, es distinto al que verdaderamente la norma enmarca, es decir, evidencia un error de intelección jurídica del juez.

De esa contextualización, esta impugnación requiere el sustento argumentativo propio de la fundamentación del recurso de casación, lo que implica, que aquella facultad es obligatoria y atribuida al impugnante, pues, conforme lo determina el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y juezas han de resolver conforme lo expuesto por las partes procesales; es decir, teniendo en consideración que este medio de impugnación extraordinario se centra específicamente a la injerencia que han tenido los errores de derecho detectados en el fallo objetado, detectados por parte de quien no se encuentra conforme con la decisión tomada por la Sala de Apelación.

Esta vía de impugnación, al ser extraordinaria, para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley, para un control de legalidad de la sentencia recurrida; en vista de aquello, este recurso constituye un instrumento de protección no sólo de la aplicación correcta de las normas de derecho, sino, de aquellas garantías constitucionales y supra nacionales.

[1] Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1992, p. 457

Así mismo, constituye una manifestación del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala:

> *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

Aquella norma, guarda relación con la contienda en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que dispone:

> *"Toda persona declarada culpable, de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley."*

De esa contextualización, en esta vía de impugnación extraordinaria, lo que procede es el examen del fallo objetado, para determinar posibles vulneraciones al ordenamiento jurídico, contenidas en la parte dispositiva de la sentencia de apelación, ya sea por contravención expresa al texto de la ley, por indebida aplicación o por errónea interpretación, ya que, se trata del estudio de la resolución que se ha impugnado con el objeto de precisar sí se han verificado las formas de franqueamiento al derecho por alguno de los presupuestos casacionales señalados *supra.*

Por consiguiente la norma que contiene los presupuestos casacionales, determina un impedimento obligatorio que limita las facultades del Tribunal de Casación, respecto a no volver a reexaminar el acervo probatorio, ya que ello, es competencia de los tribunales de instancia; sin embargo, cuando el administrador de justicia en sede de apelación, comete errores de derecho en la valoración del acervo probatorio, ha de proceder su corrección mediante esta vía impugnatoria.

En otro contexto, la casación penal, persigue tres objetivos: **1.** El imperio de la ley; es decir, su aplicación correcta. **2.** Uniformidad de la Jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación en condiciones análogas; y, **3.** La rectificación del agravio proferido a la parte impugnante.

Frente a aquello, la tecnicidad de lo que constituye fundamentar el recurso de casación, se vincula, con la argumentación jurídica que requiere este medio de impugnación extraordinario, lo que implica que la parte recurrente ha de precisar tres aspectos importantes para que *prima facie,* el Tribunal de Casación cuente con los medios suficientes para aceptar la impugnación planteada: **a)** Señalar que la norma que se ha alegado como vulnerada, se justifica con uno de los presupuestos de casación. **b)** La parte específica, donde se vislumbra el yerro cometido, que corresponde a la parte dispositiva que contiene la motivación de la decisión de apelación; y, **c)** La carga argumentativa que sustente la hipótesis planteada por quien recurre, donde se confronta el razonamiento del juzgador con la correcta aplicación de la ley.

Sobre las vulneraciones legales y constitucionales invocadas por los casacionistas.

En virtud de lo ya analizado, en el caso *in examine,* para resolver de una manera motivada los cargos bosquejados por los sujetos procesales, y una vez delimitados los argumentos casacionales, este Tribunal, englobará sus alegaciones conforme a lo que se expone a continuación:

i. Contravención expresa al texto de la ley, atribuido a lo siguiente: **a)** en el caso del recurrente Jorge Naun Cordonez Chazo, por no haber sido juzgado por un juez competente, **b)** del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, por ser la sentencia una transcripción de lo actuado en audiencia de juicio; y, **c)** de los artículos 2 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 76.3 y 4 de la Carta Magna; 1.5, 5 y 72 del Código Orgánico Integral Penal; 8 y 18 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 1 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.9; 75; 76; 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

ii. Indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 4 y 146 del Código Penal y 304-A del Código de Procedimiento Penal, acotado homogéneamente entre los argumentos de casación que el tipo penal por el que se sancionó a los hoy recurrentes ha desaparecido del nuevo cuerpo legal entrado en vigencia el 10 de agosto de 2014 (COIP)

iii. Errónea interpretación de los artículos 76, 80, 81, 82 y 83 del Código de Procedimiento Penal y 283 inciso 4 del Código Orgánico Integral Penal.

Dentro de la primera categoría, se han subsumido las alegaciones pertinentes a la falta de competencia, vulneración de normas constitucionales, nacionales y supra nacionales; frente a ello, es preciso recalcar a los impugnantes, que en su fundamentación, no se ha hecho una estructura de cargos concretos bajo la óptica casacional y el presupuesto

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

invocado, ya que no han señalado cómo es que el Tribunal de Apelación ha actuado en contrario de lo que las normas que se sostiene han sido infringidas vulneraron la ley, ya sea desconociéndolas o aplicándolas de forma incompleta.

Sumado a lo expuesto, concierne dejar por sentado, sobre los artículos citados, que en mérito de las alegaciones de los impugnantes se consideran vulnerados, congregan principios constitucionales, legales y de igualdad, derechos garantizados en convenios internacionales y demás normas adjetivas, sustantivas y adjetivas, que a la luz de las exposiciones argumentativas para fundamentar la causal invocada, no han sido justificadas, capaz de obtener un concreto mensaje intelectivo que sea propio de la casación penal, pues se han constreñido a circunstancias y cuestiones en torno a la competencia, donde aquella connotación ya fue dilucidada por el Tribunal de Apelación y exteriorizar tal argumento en sede casacional desnaturaliza la esencia de este medio de impugnación extraordinaria.

En ese orden de explicaciones, habiendo argüido los recurrentes el aspecto motivacional del fallo, cabe hacer la siguiente contextualización:

Esta figura constitucional, se encuentra determinada en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: *"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 será sancionados".* Bajo tal garantía constitucional, resulta notorio que la motivación no sólo implica un requisito esencial para las resoluciones de los órganos públicos, sino que además, su incumplimiento constituye una causa de nulidad. En este sentido, la motivación engloba la relación de los hechos con normas jurídicas y también la subordinación del poder judicial a los mandatos constitucionales, en la medida en que se deben justificar los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha llegado a la resolución adoptada. Al respecto, la sentencia No. 035-12-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente: *"(...) el primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales (...). El Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas"*[2].

Por consiguiente, el principio de motivación ataca el abuso del poder público, pues demanda los fundamentos que justifican la resolución judicial; y, por ende, otorga certeza y seguridad jurídica a los sujetos procesales que están en litigio dentro de una causa. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, ha dicho lo siguiente: *"la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso".*[3]

Bajo tales lineamientos, la sentencia *"es el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el subjetivo, que corresponde a la operación mental efectuada por el órgano jurisdiccional, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma*

[2] Sentencia No. 035-12-SEP-CC, de 08 de marzo de 2012, caso No. 0338-10EP.
[3] Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

general y abstracta de la ley (contenido jurídico), por premisa menor los hechos controvertidos (contenido fáctico) y por conclusión la parte resolutiva del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para las partes. Por otra parte, la sentencia constituye un proceso de valoración jurídica, y de selección de las normas aplicables al caso, es así que la sentencia debe ser razonada y fundamentada"[4].

Sobre la motivación, el tratadista Fernando de la Rúa, ha acotado lo siguiente: *"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión"*[5]. Mientras tanto, los autores Miguel López Ruiz y Miguel López Olvera, subrayan que: *"Las resoluciones son operaciones mentales o juicios lógicos a través de los cuales se deciden las cuestiones planteadas en un proceso. A través de ellas se compara una pretensión con la norma jurídica aplicable y se emite un juicio sobre la conformidad o no con él".*[6] En tal virtud, la motivación implica una agrupación de operaciones mentales aplicadas mediante la lógica, que deben contener la solución de todos los puntos sometidos a debate y que los mismos sean resueltos en arreglo a lo que el derecho positivo establece. Entonces, las normas del derecho a aplicarse, son el resultado de un razonamiento lógico y acertado. Por lo expuesto, se concluye que la motivación al ser una solución racional, debe encaminarse en la correcta explicación lógico-jurídica al momento de resolver; siendo obligación del juzgador demostrar los hechos con base a las pruebas debidamente actuadas, para lo cual debe desarrollarlas, calificarlas y subsumirlas a la norma jurídica, para que la resolución esté debidamente fundamentada y motivada en derecho.

Teniendo atención a que la ya citada garantía constitucional, ésta comprende tres parámetros (lógica, razonabilidad y comprensibilidad), según el criterio de la Corte Constitucional; ahora, en el fallo recurrido, no se constata que alguno de los preceptos citados se vea vulnerado, por cuanto, la resolución se encuentra estructurada de la siguiente manera:

Sección dispositiva, donde se desarrolla lo relativo a la competencia, antecedentes de hecho, validez procesal, y a la actividad jurisdiccional inherente a la Sala *ad quem*, donde además, en esta parte se expone lo relativo al recurso de nulidad interpuesto, el cual culminó con su desestimación por considerar que el proceso no se ha viciado de yerros jurídicos capaces de anular la causa.

En la parte considerativa, que sostiene la estructura que ha de servir al Tribunal de segunda instancia para arribar a sus conclusiones, se han articulado aquellos medios probatorios, que enmarcan a: prueba material, documental y testimonial, debidamente citado, contrastándose un análisis amplio que vislumbra los fundamentos de hecho, de derecho y la subsunción de la normativa aplicable para resolver el conflicto sometido a conocimiento, desplegándose además un razonamiento ordenado, jurídico y lógico, sustentado con las normas de derecho pertinentes, para de tal manera constituir una explicación de por qué se ha llegado a tomar la decisión de desechar las impugnaciones propuestas por los sentenciados; y, en la parte resolutiva, que no es más que, el vínculo que se extrae de todo lo argumentado que termina con la conclusión a la que se ha arribado, como se puede apreciar de la lectura desde el considerando QUINTO al SEXTO, de la resolución recurrida, la argumentación jurídica que en el fallo se expone, constituye una motivación suficiente que cumple con los estándares nacionales e internacionales, guardando una armonía entre las premisas de argumentos jurídicos y la decisión final adoptada.

En vista de lo señalado, el cargo referente a la falta de motivación y respecto de las normas citadas como infringidas bajo la causal de contravención expresa al texto de la ley, por las consideraciones expuestas *ut supra,* son improcedentes.

El segundo punto que han esbozado los casacionistas, versa sobre la indebida aplicación de las normas señaladas, lo cual, refleja su inconformidad con la tipicidad del delito y la certeza; en virtud de ello, esta causal requiere la carga argumental, atinente a justificar las razones que guían su alegación, pues se trata de indicar cuál es la norma

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[4] Sentencia de 28 de agosto de 2014, las 13:00, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.
[5] DE LA RÚA, Fernando. "Teoría General del Proceso". Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1991. Pág. 146
[6] LÓPEZ Ruiz, Miguel y LÓPEZ Olvera, Miguel. "Estructura y estilo en las resoluciones judiciales". Primera Edición. Editorial Novum. 2012. Págs. 25-26.

que debió haberse escogido, para de tal manera descartar aquella incorrecta que contiene los elementos objetivos, subjetivos y normativos, que no se ajustan a los hechos fácticos que se han considerado como probados tras la valoración de la prueba, lo que los recurrentes no han expuesto, más su limitada argumentación casacional traída a exposición ante este Tribunal, es similar al contenido explicativo de la sentencia impugnada, pues, en el considerando 6.2 se ha desarrollado el análisis referente a que la norma contenida en el artículo 146 del Código Penal, que a criterio del *ad quem*, se reproduce en el artículo 283 inciso cuatro del Código Orgánico Integral Penal; análisis que, al constituir parte de la motivación de la sentencia, denota un juicio de tipicidad sobre la conducta sancionada, toda vez que, ya en el considerando 6.3.1 se expone razonadamente la verificación del nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados para determinar la certeza del ilícito cometido; por consiguiente, el cargo propuesto respecto de la causal y las normas referidas como franqueadas, por no haberse justificado es improcedente.

El último cargo propuesto por los impugnantes respecto de las normas señaladas como transgredidas bajo el sustento casacional de errónea interpretación, corresponden al método de valoración de la prueba, de lo cual, las referidas normas no contienen conceptos intelectivos, ya que, son disposiciones que se dirigen a la actividad juzgadora de la administración de justicia; por consiguiente, este cargo, respecto de los artículos señalados, no es congruente con lo que la causal se refiere, ya que, correspondía a los casacionistas explicar cuál fue el errado entendimiento de la o las normas que a su criterio es equivocado, distinto o distorsionado, es por ello que este tipo de causal reflejan siempre un error de intelección cometido por el juzgador; lo que, los impugnantes no han justificado, por consiguiente, indefectiblemente el cargo propuesto es improcedente.

De tales consideraciones, dado lo expuesto, referente a la valoración probatoria, juicio de tipicidad y análisis de los argumentos justificativos de los impugnantes, aquello, implicaría que este Tribunal realice una nueva valoración del acervo probatorio, lo que está prohibido por norma expresa; y, al respecto, bajo los principios dispositivo, inmediación, contradicción y concentración de la prueba, ésta, fue valorada en el momento procesal oportuno por el Tribunal de Apelación, en uso de su autonomía, exclusividad, e independencia como órgano jurisdiccional de alzada, con lo cual estableció que existe tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad, aplicando las garantías constitucionales de inocencia e *in dubio pro reo;* siendo vetado que mediante esta vía casacional, se vuelva analizar los hechos fácticos demostrados en la instancia respectiva, conforme a lo establecido en el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal[7].

Prohibición que también ha sido establecida por la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SEP-CC de 06 de febrero del 2013, emitida dentro del caso 1647-11-EP: *"Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas (...)";* y, por la Corte Nacional de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el No. 362-2013: *"Para despejar este primer cargo, el cual estriba en un tema de "valoración de pruebas" (testimonios); el cual, bajo el principio de contradicción e inmediación, corresponde a la esfera exclusiva del juzgador de instancia (tribunal penal) ante quien se actúa y obra la prueba tanto de cargo como descargo; y, reparando en el hecho de que en este escenario (recurso de casación) no es admisible pedidos tendientes a realizar una revalorización de la prueba (art. 349 inc. final CPP); tal cargo deviene en improcedente).*

Por consiguiente, y tal como se dejó plenamente explicado, de ser el caso de que se deba analizar el método de valoración probatoria, el cual comprende: la ciencia, la lógica y la experiencia, en ninguno de estos casos los casacionistas señalaron que la sentencia recurrida los haya vulnerado, ni

[7] Código de Procedimiento Penal. Artículo 349.- *"(...) No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".*

tampoco plantearon un argumento idóneo que pueda ser susceptible de aceptar una tesis que se equipare a ser base de la fundamentación del recurso de casación.

En conclusión, los recurrentes no han argüido en estricto *sensu,* cargos bajo la óptica casacional en el marco de lo que la norma procesal que contiene tales presupuestos exige, pues, lo que se requiere en este medio de impugnación extraordinario, es realizar la argumentación jurídica que genera la verificación de yerros jurídicos bajo causales de casación que se verifiquen en la sentencia recurrida, la cual, a la luz del análisis ya expuesto, no disgrega errores que pudieran ser enmendados vía casación de oficio, siendo lógica y congruente, por cuanto, no ha incurrido en carencia de requisitos de fondo y forma.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Casación, 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, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad:

RESUELVE

1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declarar la improcedencia de los recursos de casación interpuestos por los recurrentes Jorge Naun Cordonez Chazo y Héctor Ramiro Manosalvas Arias, por no haber fundamentado los mismos conforme a lo dispuesto en el artículo 349 del cuerpo de leyes citado *supra,* por las argumentaciones resolutivas expuestas a lo largo de la presente resolución.

2) Notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase el proceso a la Sala de origen para los fines legales pertinentes.

f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE (VOTO SALVADO); Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VI

Resolución nro. 1101-2016
Juicio nro. 0285-2015-NMA

Juicio penal por atentado al pudor, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Edwin Damián Rodríguez Figueroa

SÍNTESIS

De la denuncia presentada por el señor Alexis Francisco Casabona Coello, se llega a tener conocimiento que el día 29 de septiembre del 2013, a las 00h15 aproximadamente, mientras se encontraba hospedado en el Hotel Arena Caliente del cantón Playas con 70 personas, en un retiro evangélico, lo fueron a despertar para indicarle que un sujeto había subido hasta el tercer piso del hotel, entrando en la habitación donde se encontraban hospedadas cinco chicas de la congregación; de las cuales habían bajado al hall del hotel tres adolescentes, quedándose dormidas dos; lo que había sido aprovechado por el sujeto, quien ingresó a la habitación donde empezó a morbosear y manosear a la menor de 14 años A.V.V.B., hecho que fue observado por otra adolescente de nombres J.E.S.P. quien alerta sobre lo ocurrido a las demás personas que se encontraban en las diferentes habitaciones, saliendo el sujeto en precipitada carrera, logrando ser detenido por el recepcionista y el guardia del hotel. Mediante sentencia de 6 de febrero de 2014, las 14h00, el Undécimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, ratifica el estado de inocencia del procesado Edwin Damián Rodríguez Figueroa acusado del cometimiento del delito de atentado al pudor tipificado en el Art. 504.1 del Código Penal vigente a la fecha de la infracción, dejando sin efecto las medidas cautelares personales y reales dictadas en el auto de llamamiento a juicio. El Fiscal Segundo de lo Penal de General Villamil Playas, interpone recurso de apelación ante la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que el 6 de febrero de 2015, las 13h44, acepta el recurso interpuesto y revoca la sentencia dictada por el Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas y, en su lugar dicta sentencia declarando la culpabilidad del acusado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, por considerarlo autor del delito de atentado al pudor tipificado en el Art. 504.1 del Código Penal, vigente a la fecha de la infracción, imponiéndole una pena de cuatro años de privación de libertad. El sentenciado inconforme con el fallo del ad-quem interpone recurso de casación. El 24 de junio de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Edwin Damián Rodríguez Figueroa y casar de oficio la sentencia dictada por el ad quem, por contravenir expresamente el texto del Art. 78 de la Constitución de la República, en el sentido de considerar que, a lugar la reparación integral a la víctima, particularmente en lo referente al daño material e inmaterial, bajo los parámetros establecidos en la norma constitucional referida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0285-2015-NMA

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, viernes 24 de junio del 2016, las 08h00.-

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES

1.1. Mediante sentencia de 06 de febrero de 2014, las 14h00, el Undécimo Tribunal de

Garantías Penales del Guayas, ratifica el estado de inocencia del procesado Edwin Damián Rodríguez Figueroa acusado del cometimiento del delito de atentado al pudor tipificado en el art. 504.1 del Código Penal vigente a la fecha de la infracción, dejando sin efecto las medidas cautelares personales y reales dictadas en el auto de llamamiento a juicio.

1.2. El Abogado Xavier Espinoza Esteves, Fiscal Segundo de lo Penal de General Villamil Playas, interpone recurso de apelación ante la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que el 06 de febrero de 2015, las 13h44, acepta el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y consecuentemente revoca la sentencia dictada por el Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas y, en su lugar dicta sentencia declarando la culpabilidad del acusado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, por considerarlo autor del delito de atentado al pudor tipificado en el art. 504.1 del Código Penal, vigente a la fecha de la infracción, imponiéndole una pena de cuatro años de privación de libertad. Con costas, daños y perjuicios.

1.3. El sentenciado inconforme con el fallo del *ad-quem* interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2.- RESEÑA FÁCTICA

Fue relatada de la siguiente manera por el *ad-quem:*

"De la denuncia presentada por el señor Alexis Francisco Casabona Coello, se expresa lo siguiente: se encontraba hospedado en el Hotel Arena Caliente del cantón Playas, ubicado en la Avenida Guayaquil y Paquisha con 70 personas en un retiro evangélico desde el 28 de septiembre del 2013, más resulta que el 29 de septiembre del 2013, a las 00h15 aproximadamente en circunstancias que se encontraba descansando en una de las habitaciones del Hotel, lo fueron a despertar para indicarle que un sujeto había subido hasta el tercer piso del Hotel, procediendo a entrar a la habitación donde se encontraban hospedados cinco chicas de la congregación; de las cuales había bajado al Hall del hotel tres adolescentes y se encontraban dormidas dos en la habitación, lo que ha sido aprovechado por este sujeto, quien ingreso a la habitación y procedió a morbosear y manosear a la adolescente de 14 años de nombres A.V.V.B[1], quien se encontraba dormida, lo que fue observado por otra adolescente de nombres J.E.S.P quien alerta a los demás adolescentes que se encontraban en las demás habitaciones sobre este hecho, saliendo este sujeto en precipitada carrera logrando ser detenido por el recepcionista y el guardia del Hotel... "[2]. [sic]

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art. 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2 La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los arts. 183 y 186, de la mima ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

[1] Se omite el nombre de la víctima a fin de proteger su identidad y privacidad en atención al principio de interés superior del niño, consagrado en el art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, y desarrollado in extenso por los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 426 CRE). Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia en su art. 317 al referirse a la garantía de reserva señala que "se respetará la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso. Las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente (...). Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares [...]".

[2] Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. fs. 5.

3.3 El Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y el señor doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, que actúan por licencia concedida al doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional mediante oficio No. 0038-SG-CNJ-MBZ de fecha 18 de enero de 2016 suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

4.- TRÁMITE

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 del inicio del proceso, que para el caso, *in examine,* son las contenidas en el Código Penal así como el Código de Procedimiento Penal.

5.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

5.1 Fundamentación por parte del recurrente Edwin Damián Rodríguez Figueroa, por parte de su abogado defensor Milton Toral Cevallos

a) Manifiesta que, si bien en sede de casación no existe la posibilidad de que se valores la prueba el juzgador debe enmendar errores d derecho, siendo en la especie visible una contravención expresa de los arts. 504.1 del Código Penal, 85, 88 y 143 del Código de Procedimiento Penal así como el art. 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

b) Indica que, el fallo del *ad-quem* contraviene el texto de los arts. 76.7 l) de la Constitución de la República y 304-A del Código Adjetivo Penal, por falta de motivación ya que existe una reiteración innecesaria de testimonios de policías que actuaron posteriormente al cometimiento de la infracción, lo cual hace a la resolución ininteligible; más aún que, al realizar las consideraciones jurídicas y fácticas en tres líneas concluye inmediatamente en el considerando quinto que, los hechos se encuentran probados sin realizar valoración alguna.

c) Sostiene que, en lo que respecta al tipo penal incoado los juzgadores lo desarrollan a través de la doctrina, denotando que *a priori* ya tenían consignado que norma jurídica iban a aplicar, lo cual es una irregularidad que se devela en el considerando 5.4 del fallo impugnado, en donde señalan que los hechos probados en el presente proceso se subsumen en el delito de atentado al pudor.

d) Precisa que, constituye parte del tipo penal que el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años, lo cual es acreditado por el Tribunal de Alzada a través de testimonios de personas y policías referenciales y da por probado lo prescrito en el art. 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación que manifiesta que la manera de acreditar la identidad personal de los habitantes es la cédula de ciudadanía, lo cual contraviene la ley.

e) Dice que, al no probarse la edad de la víctima a través de su cédula de ciudadanía, el juzgador debía absolver a su defendido, empero, da por probado su minoría de edad a través de testimonios.

f) Explica que, la víctima al encontrarse dormida no podía percatarse de lo que sucedía en el lugar de los hechos, deviniendo la condena por el solo testimonio de una testigo directa quien dice que el acusado empezó a morbosear a la víctima, dicción que no está contemplada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua.

g) Señala que, la supuesta víctima no acudió a la audiencia y que el juzgador estableció una condena teniendo como soporte testimonios referenciales, más aún que, la Sala concluye que el acusado estaba consiente el día de los hechos cuando de su testimonio se desprende que, encontró una puerta abierta en donde había una cama y se recostó para posteriormente entrar algunas personas que decían que estaba borracho.

h) Arguye que, el Tribunal de Alzada al establecer el nexo causal entre el acto y el resultado desatiende lo establecido en el art. 88 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se encuentra comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción, las presunciones no se basan en hechos probados sino en referenciales lo cual permite arribar a una conclusión incoherente.

i) Indica que, el *ad-quem* tomo como prueba de incriminación el testimonio del acusado, a pesar de que, éste constituye un medio de defensa,

lo cual contraviene el art. 143 del Código de Procedimiento Penal; más aún que, el acto denunciado no constituye delito.

Solicita que, se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia del sentenciado puesto que, el hecho acusado no constituye delito.

5.2 Intervención del representante de la Fiscalía General del Estado, doctor Marco Navas Arboleda

a) Manifiesta que, el recurrente pretende que se valore prueba en sede de casación lo cual no es pertinente, ha indicado que se han violentado normas de procedimiento, tales como art. 85, 88, 134 y 304 del Código de Procedimiento Penal, sin precisar la forma como se transgredió las mismas.

b) Relata que, Fiscalía presentó todas las pruebas de cargo y descargo a través de las cuales se comprobó la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, puesto que, se acreditó que el acusado había tocado las partes íntimas de la adolescente atentando contra su pudor.

c) Precisa que, el hecho imputado fue visto por una compañera de cuarto cuyo relato es unívoco y concordante; en donde señala que el acusado atentó contra el pudor de la ofendida para posteriormente salir corriendo del lugar, siendo detenido por el guardia y el representante del hotel

d) Dice que, este acto reprochable atentó contra el bien jurídico protegido sustentado en los art. 44 y 66.3 a) de la Constitución de la República. Refiere que el procesado se le garantizó un debido proceso acorde al art. 76, 168.6 y 169 del texto constitucional siendo la sentencia impugnada debidamente motivada.

Finalmente insta a que este Tribunal Pluripersonal deseche el recurso propuesto y confirme en todas sus partes el fallo recurrido.

El **recurrente sentenciado,** al ejercer su derecho a al réplica a través de su abogado defensor, expresó:

i) No se está pidiendo una nueva valoración probatoria puesto que, el error de derecho en la sentencia está dado por la calificación jurídica toda vez que, en el fallo impugnado no se establece que partes íntimas fueron tocadas.

ii) Explica que, existen contradicciones en el testimonio dela única testigo, quien dice que entró y la vio dormida a la víctima y más adelante indica que la vio asustada y al salir se percata que el acusado le empezaba a morbosear.

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

6.1 Con respecto al recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación sólo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia *(errores in iudicando),* por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero *"el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermeneútica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermeneútica, el interpretar incorrectamente su sentido [...]"*[3].

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en la ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, con base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

En este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas: a) Contravención

[3] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

expresa de su texto, cuyo significado literal alude a *"obrar en contra de lo que está mandado",* es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de las existencia de la norma, y, ii) falta de consideración en su ámbito material de validez: tiempo y espacio. Bajo estas circunstancias la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero "por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente, puede implicar dolo o inexcusable ignorancia"; b) Indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como *"error de subsunción";* y, c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermeneútico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizado por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

6.2 De la fundamentación de los recursos y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

Cuando la Corte de Casación analiza las pretensiones expuestas por el recurrente, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el art. 349 del estatuto procesal, vigente a la fecha del hecho, conmina a que el recurrente señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían de fundamento para construir su pretensión.

Bajo ese orden de ideas este Tribunal de Casación advierte que, los atques formulados por parte del recurrente sentenciado se centran en denunciar una contravención expresa, por parte del tribunal *adquem* de los art. 76.7 l) de la Constitución de la República, 504.1 del Código Penal, 85, 88, 143 y 304-A del Código de Procedimiento Penal y 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Por lo anterior, este cuerpo colegiado, como metodología para responder los reproches contenidos en el libelo de la pretensión, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

6.2.1 Sobre la contravención expresa del art. 504.1 del Código Penal[4]

Cuando el recurrente basa su pretensión en la contravención expresa de la ley, está en la obligación de demostrar que "el juzgador ha ignorado la existencia de una norma jurídica inequívocamente aplicable al caso *sub iudice"*[5], ya sea porque no existe o estima que está vigente pero no la aplica, para lo cual, debe explicitar la forma y el contenido de su censura, de tal manera que, este cuerpo colegiado pueda desentrañar como aquel yerro intelectivo influyó en la decisión de la causa y afectó la justicia material del caso concreto.

En el caso que nos ocupa, el libelista denuncia que los hechos que motivaron el enjuiciamiento penal no se ajustan a la descripción típica contenida en el art. 504.1 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción, por lo que corresponde en *sensu estricto* dilucidar los elementos que integran el ilícito incoado para así verificar si el juzgador incurrió en un desliz intelectivo.

Es de resaltar que la conducta típica endilgada al acusado y conforme a la ley interpretativa

[4] Código Penal, "art. 504.1.- Será reprimida con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal".

[5] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal, ed. Temis, Bogotá, 2008, p. 235.

incorporado por el art. 9 de la Ley reformatoria del Código Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 350, de 06 de septiembre de 2006[6], gravita sobre los siguientes presupuestos:

i) La ejecución de un acto de naturaleza sexual sin acceso carnal;

ii) Que recae directamente sobre la corporeidad física del sujeto activo, pasivo calificado o de un tercero;

iii) Que tiene como medio comisivo la violencia física, moral, el engaño o cualquier otra forma de inducción que atenta contra la voluntad expresa o presunta de la víctima.

iv) Realizado con conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo.

A tono con lo dicho, resulta pertinente hacer un alto en la disquisición expuesta para precisar lo enunciado *ut supra.*

i) Acto de naturaleza sexual

De la redacción de la norma que contiene la descripción típica se desprende que, *acto de naturaleza sexual* es todo comportamiento que lleva una connotación de esta índole, ejecutado sobre la corporeidad física del sujeto activo, pasivo o de un tercero sin que exista acceso carnal.

ii) Sujeto pasivo calificado

Efectivamente el tipo penal en comento establece como condición *sine qua non,* que la acción delictiva recaiga sobre persona menor de dieciocho años[7] o con discapacidad; puesto que, el legislador pretende proteger el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, esto es "su falta de competencia para desempeñar el rol específico que le incube en el libre, voluntario y consiente trato sexual"[8].

iii) Medio comisivo

Aunque el precepto legal no lo requiere de modo explícito, la ley interpretativa al artículo que contiene el ilícito incoado, menciona como medios para la ejecución de la infracción a la violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño, a través de la cual el sujeto activo somete u obliga a la víctima a realizar un acto de naturaleza sexual.

iv) Ejecución de la infracción a título de dolo

El autor debe tener conocimiento de llevar a cabo un acto de naturaleza sexual y la voluntad de realizarlo con una persona de dieciocho años o discapacitado.

Del caso concreto

Desde este punto de vista nos corresponde como Tribunal de casación verificar *per se*, el acto denunciado y su subsunción a la norma penal incoada por el Tribunal de Alzada.

Al respecto, es dable recordar que la categoría de la tipicidad:

> "[...] es un proceso valorativo de atribución de un ámbito o situación concretos a la descripción abstracta de ellos contenida en un tipo legal. El tipo penal es continente de una hipotética violación de la norma prohibitiva si es delito de acción, o de la norma de mandato, si es de omisión. La norma expresa una instrucción en forma de prohibición o mandato..."[9]

Siendo así, la configuración del tipo penal presupone la existencia de todos los elementos descriptivos, normativos y subjetivos que confluyen en la delimitación en abstracto de la conducta, puesto que, la falta de uno de ellos presupone *per se* un atipicidad del hecho criminoso.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[6] "Art. 1.- Interprétese el artículo innumerado incorporado por el artículo 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio del 2005, en el sentido que: "Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia". Las palabras "someta"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo".

[7] Código de la Niñez y Adolescencia, "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 de edad".

[8] Gustavo Alberto Arocena, Ataques a la integridad sexual, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 68.

[9] Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Nuevo sistema de derecho penal, Edit. Trotta, Madrid, 2004, p. 76.

A partir de esa condición tenemos que, la censura propuesta por el recurrente se centra en cuestionar que el tipo penal acusado no se configura en su vertiente objetiva ni subjetiva, lo cual no responde a la realidad procesal, toda vez que, a partir de las explicaciones del *ad-quem* se tiene que, el hoy acusado el día 28 de septiembre de 2013 a eso de las 24h00 aproximadamente, ingresa en el interior de la habitación signada con la numeración 308, del Hotel "Arena Caliente", del cantón Playas, en donde se encontraba dormida la víctima y procede a tocarle sus partes íntimas, hecho que es avistado por la adolescente J.E.S.P, quien al percatarse de la conducta antijurídica pidió ayuda a otras personas que se encontraban en el lugar.

Lo dicho en precedencia es apoyado por el caudal probatorio actuado en juicio, constante en el acápite *SEGUNDO* del fallo impugnado, esto es testimonios de los policías Jimmy Andrés Armijos Vicente, quien elaboró el informe de investigación y realizó las entrevistas a las adolescentes A.V.V.B y J.E.S.P, víctima y testigo presencial del hecho en su orden; Marcos Vinicio Cárdenas Calle, quien al encontrarse de patrullaje por el sector en que ocurrieron los hechos se entrevistó con los jóvenes que tenían en su poder al acusado y quienes le manifestaron la dinamia de lo acontecido; Víctor Hugo Leiva Pesantez, quien realizó las investigaciones respecto a la detención del acusado; Alexis Francisco Casabona Coello, persona que estaba a cargo del grupo de jóvenes evangélicos, quien afirma lo manifestado por la víctima; de igual manera, el testimonio de la adolescente J.E.S.P, testigo presencial del hecho, quien refiere haber observado que el sentenciado le tocó las partes íntimas a la víctima.

Bajo esta óptica tenemos que, el juzgador procedió a realizar una adecuada reconstrucción fáctica del hecho a través del caudal probatorio afirmado por los sujetos procesales, para posteriormente elaborar el correspondiente juicio de derecho, el cual se sustenta en la existencia de un acto de naturaleza sexual momentáneo ejecutado por el acusado –tocamiento de las partes íntimas de la ofendida-, perpetrado en contra de la víctima A.V.V.B., menor de dieciocho años-tópico que será desarrollado *a posteriori-,* aprovechándose que se encontraba dormida en la habitación del hotel "Arena Caliente" del cantón Playas, lo cual lo llevó a cabo con conocimiento y voluntad de lesionar el bien jurídico protegido.

Con base a lo expuesto podemos afirmar que, la construcción de la sentencia impugnada subsume adecuadamente los hechos denunciados en el tipo penal escogido, puesto que, no arroja duda alguna de la concurrencia de tales elementos típicos.

Siendo así la censura propuesta es desestimada.

6.2.2 Sobre la contravención expresa de los art. 76.7 l) de la Constitución de la República[10] y 304-A del Código de Procedimiento Penal[11]

Las normas aludidas guardan relación con la garantía constitucional inherente a la motivación, que no es sino "la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica"[12].

Para el efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela, de 05 de agosto de 2008, párrafo 77, ha dicho que:

[10] 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: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...".

[11] Código de Procedimiento Penal, "art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos".

[12] Fernando Díaz Cantón, La motivación de la sentencia penal y otros estudios, 1ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 99.

> 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.

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 092-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0538-11-EP, ha identificado tres parámetros que debe respetar toda decisión judicial a fin de no soslayar la garantía de motivación:

> La exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. **Razonable**, es decir que sea fundada en los principios constitucionales ii. **Lógica**, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión; y, iii) **Comprensible**, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje. (lo resaltado fuera del texto de origen).

Los argumentos expuestos no hacen más que, proyectar la dinámica de la motivación, la cual se forja a través de dos inferencias: inductiva y deductiva. "En la primera se refleja el soporte racional de la valoración de la prueba y la concordancia de dicha valoración con el hecho determinado en consecuencia. Por la segunda se aprecia si la norma sustantiva que se dice aplicable ha sido interpretada en forma correcta, así como si dicha norma ha sido bien aplicada en el caso al hecho en concreto"[13].

Bajo estos parámetros encontramos que, el *ad-quem* en la estructura del fallo impugnado considera probada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sentenciado. Conforme a los argumentos allí plasmados, este Tribunal de Casación, observa que la sentencia recurrida, en su acápite QUINTO, abarca el análisis pertinente del caudal probatorio actuado por los sujetos procesales, mismo que cohesiona con la teoría del caso presentada por Fiscalía y, que permitió al juzgador arribar a la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Vale destacar que el Tribunal de Apelación realiza un ejercicio hermenéutico acorde al interés superior del niño, niña o adolescente, puesto que, sus derechos tienen relevancia constitucional e internacional toda vez que, "el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[14].

Bajo esta óptica el *ad-quem* en su raciocinio aplicó las disposiciones legales a la luz del interés superior del niño, niña o adolescente, denotando en el armazón de su sentencia los postulados emanados por la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás instrumentos internacionales que velan por la protección de la víctima.

En estas circunstancias el fallo del *ad-quem* no contraviene principio constitucional alguno, por cuanto las valoraciones adoptadas atienden la justicia material del caso, tampoco, existe una incorrecta aplicación de las premisas mayor (disposición legal) y menor (hechos fácticos), lo cual se demuestra en la conclusión arribada, ya que acorde al texto de la sentencia recurrida "[...] si existen hechos probados de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado por la presencia de testimonios directos y testimonios indirectos que dan cuenta de cómo se cometió el delito y que el procesado es responsable de esos actos..."[15]. Finalmente dicha decisión tanto en su forma como en su contenido es clara y precisa, lo cual permite desentrañar su verdadero sentido.

En efecto, la censura propuesta denota una apreciación propia del plexo probatorio que carece de idoneidad para socavar la legalidad del fallo, puesto que, el recurrente lo que pretende es trastocar y cambiar la realidad de la *decisum* adoptada, a través de galimatías que desconocen la motivación plasmada en sentencia.

En consecuencia, el cargo no prospera.

[13] Ibídem, p. 100.
[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 párrafos 42 y 56
[15] Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, fs. 10.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

6.2.3 Sobre la contravención expresa de los art. 85, 88 y 143 del Código de Procedimiento Penal[16]

El recurrente en su exposición ha centrado su disenso en temas probatorios, los cuales fueron ya resueltos por los tribunales de instancia, pasando por alto que, en sede de casación la argumentación debe estar dirigida a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

Es así que, conforme lo expuesto *supra,* el Tribunal de Alzada acorde al caudal probatorio actuado arribó al grado de certeza de que, el acusado cometió un acto de naturaleza sexual en contra de la adolescente A.V.V.B, el cual consistió en tocamientos en las partes íntimas de la ofendida, teniendo como medio comisivo el aprovechamiento de que, la víctima se encontraba dormida para ejecutar el atentado al bien jurídico protegido.

Para arribar a tal conclusión el Tribunal de apelación toma como basamento la prueba directa, la cual aunada al restante conjunto probatorio y valorada conforme a las reglas de la sana crítica, permitió reconstruir la conducta denunciada en su realidad óntica, en razón de que, el examen lógico racional proyectado por el juzgador en la sentencia impugnada destierra cualquier atisbo de incertidumbre.

De igual manera, al censura esbozada sobre el valor del testimonio del procesado constituye un desatino, puesto que como se dijo, en sede de casación está vetado el análisis de la prueba, la cual fue judicializada y valorada por los juzgadores *a-quo* y *ad-quem*, más aún que, el tribunal de Alzada, para arribar a la *decisum* aplica el principio de unidad probatoria, lo cual es acorde a la dinámica del sistema acusatorio que rige en nuestra legislación.

En este camino el argumento esbozado por el casacionista resulta insuficiente.

6.2.4 Sobre la contravención expresa del art. 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación[17]

Como se dejó manifestado en el acápite *6.2.1* de la presente sentencia, corresponde al juzgador verificar que las características de una acción se subsuman en un tipo penal. Bajo este esquema el juzgador debe constatar que, el hecho sometido a juicio de reproche contenga todos los elementos que fundamentan el injusto y los cuales se dan en el mundo objetivo y subjetivo.

Si se examina la estructura de un tipo penal doloso tenemos que, éste trasunta bajo los siguientes presupuestos:

i) Tipo Objetivo.-

- **Sujeto activo.-** Es quien realiza el tipo penal.
- **Sujeto pasivo.**- Es el titular del bien jurídico lesionado por el delito.
- **Objeto material.**- Es sobre lo que recae físicamente la acción típica.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[16] Código de Procedimiento Penal, "art. 85.- Finalidad de la prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado:
Art. 88.- Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:
1.Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;
2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,
3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:
a) Varios;
b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;
c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
d) Directos, de modo que conduzcan a establecer lógica y naturalmente;
Art. 143.- Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor del prueba contra él. Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá presentarse bajo juramento. En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.".

[17] Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, "art. 97.- Documento que acredita la identidad personal.- La identidad personal de los habitantes de la República se acreditará mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía, que serán expedidas por las Jefaturas de Registro Civil o en el correspondiente documento de identificación si se tratare de extranjeros, y de las impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso".

- **Objeto jurídico.**- Equivale al bien jurídico protegido.
- **Conducta.**- Dentro de la cual se encuentra el verbo rector que destaca la acción u omisión penalmente relevante.
- **Elementos normativos.**- "Que son aquellos cuya significación no es posible determinar sin acudir a una segunda interpretación, que se hará unas veces con ayuda de otras ramas del Derecho y otras mediante una valoración social que realiza el intérprete"[18]

ii) Tipo subjetivo.-

- **Dolo.-** Conocimiento y voluntad de la realización del tipo penal. Abarca dos elementos: (i) *cognitivo* que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo y (ii) *volitivo* que resume las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor quiso lo que sabía.

Lo dicho resulta pertinente por cuanto el casacionista en su exposición ataca el hecho de que, no se configuró el injusto denunciado, toda vez que, no se comprobó la calidad de sujeto pasivo de la víctima, lo cual a su criterio contraviene la norma contenida en el art. 97 de la Ley de Registro Civil, Cedulación e Identificación que manifiesta que la identidad de una persona se comprueba a través de la cédula de identidad.

Al respecto vale decir que, el Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de los hechos, preveía en el libro segundo, titulado la prueba y su valoración, capítulo I principios fundamentales, como clases de prueba en materia penal a las materiales, testimoniales y documentales; por lo tanto, el juzgador para llevar a cabo el engarce de los elementos constitutivos del delito con el material probatorio actuado se vale de cualquiera de los medios de prueba referidos a través de los cuales le permite arribar a un grado de certeza.

Ahora bien, los delitos de carácter sexual cometidos en niños, niñas o adolescentes se seguimiento de las pautas constitucionales y legales, requieren de un estudio que este a tono con el principio constitucional consagrado en el art. 44 de la Constitución de la República[19], puesto que, la afectación de su propio plan de vida sexual genera un desequilibrio físico, psíquico y espiritual que repercutirá en su flanco de dignidad personal.

Bajo estos derroteros sucede que, si bien la calidad de sujeto pasivo del delito, en el caso *in examine* al ser calificado, requiere que aquello sea demostrado procesalmente a fin de lograr la adecuación típica; empero su justificación no sólo puede ser acreditada a través de prueba documental, vale decir cédula de identidad, sino que el juzgador tiene la posibilidad legal de avalar aquel elemento objetivo del tipo penal a través de otros medios probatorios contemplados en el legislación procesal, todo ello con base al principio del interés superior del niño, niña o adolescente, que impone a los administradores de justicia brindar una mayor protección a sus derechos.

A tono con esta tesitura resulta completamente válido la comprobación de cualquier elemento constitutivo del tipo penal con base a prueba material, documental o testimonial, siempre y cuando se respete los principios de oralidad, contradicción e inmediación; más aún que, al tratarse de ilícitos cometidos en contra de grupos de atención prioritaria, la valoración de la prueba por parte del juez debe atenerse a no soslayar los derechos del menor.

La aceptación de lo dicho, nos lleva a considerar que el *ad-quem*, no se equivoca en la aplicación del derecho, toda vez que, conforme lo plasma en el fallo impugnado, la acreditación de la calidad de sujeto pasivo en el delito incoado se encuentra procesalmente justificada, así:

> "[...] c) el Tribunal a-quo en el considerando 12 de la sentencia recurrida ha expresado que: "En la especie, en el caso que se analiza no se ha probado que el ciudadano Edwin Damián Rodríguez Figueroa, haya cometido el delito de atentado al pudor en contra de la señorita A.V.V.B, quien según la Fiscalía es menor de edad, pero en la audiencia de juicio no se demostró dicha alegación..."; incurriendo en un error de interpretación, puesto que la premisa "la Fiscalía no demostró que era menor de edad", no tiene un sustento fáctico, porque la premisa no se encuentra

[18] Gonzalo Quintero Olivares. Parte General del Derecho Penal, Edit. Aranzadi, Cuarta Edición, Madrid, 2010, p. 318.

[19] Constitución de la República, "art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...)".

construida sobre las unidades de análisis presentadas en juicio (medios probatorios). Más bien si existen elementos que fueron recolectados por el Policía Nacional Jimmy Andrés Armijos Vicente, quien se entrevistó con la víctima A.V.V.B quien le manifestó que: "durante la noche se había quedado durmiendo en la habitación después de ducharse ya que al haber estado durante todo el día en la playa estaba cansada; luego entraron varias compañeras a la habitación, las que se ducharon y se bajaron nuevamente; en el transcurso del tiempo se quedó dormida, que presuntamente ingresó un tipo que no sabía quién era que estaba con aliento a licor y empezaba a tocar sus partes íntimas, llegando otra adolescente, la que al ver eso fue corriendo a avisar; ella se despierta y ve que el individuo sale corriendo...". Con lo que se determina que la víctima su fue identificada, por el Agente Investigador que este le considero como menor ofendido, y que los hechos sucedieron cuando estaba dormida. También existen elementos recolectados por el agente investigador, el Cabo Segundo de Policía VÍCTOR HUGO LEIVA PESÁNTEZ, tales como la denuncia presentada por el ciudadano Alexis Francisco Casabona Coello, en la que señala que la adolescente A.V.V.B; tiene 14 años de edad; entrevista con la adolescente A.V.V.B, receptada ante la Dinapen quien refiere tener 14 años de edad; y presentado en su informe de investigación que fue incorporado a juicio durante a su testimonio (...) Con lo que se determina objetivamente que si existieron suficientes elementos que dan cuenta que la víctima fue identificada como A.V.V.B que fue reconocida como una adolescente por testigos que si estuvieron presentes y tomaron contacto aquella noche en que incurrieron los hechos. Por lo que no es correcto la conclusión que llega el Tribunal al sostener que no se ha demostrado que la víctima sea menor de edad..."[20][sic]

Por lo tanto, este cuerpo colegiado comparte la disquisición realizada por el Tribunal de apelación, en el sentido de que, la calidad de sujeto pasivo de la infracción se encuentra plenamente demostrada, sin que exista error de derecho alguno al momento de aplicar la ley.

En consecuencia el cargo formulado se desestima.

6.2.5 Casación de oficio

Considera la Sala de Casación, que entre las instituciones que contemplaba el Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha, es de singular importancia la *"casación de oficio",* avistada en la máxima procesal prevista en el art. 358 del Código Adjetivo Penal, que en su texto dice "[...] Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada".

Lo anterior resulta evidente, por cuanto el afán del legislador es evitar efectos perniciosos en la legalidad de una sentencia, para así establecer la estructura del proceso y la protección de los derechos y garantías constitucionales.

Es así que, en el caso *sub lite*, se observa de manera ostensible una violación directa de la ley, bajo la modalidad de contravención expresa del art. 78 de la Constitución de la República[21] en concordancia con el art. 309.5 del Código de Procedimiento Penal[22], por cuanto el *ad-quem*, no toma en consideración el daño material e inmaterial generado por la infracción.

En este contexto, es posible sostener que la víctima del delito, mantiene indemne su derecho a la reparación integral, conforme lo establecido en el art. 78 del texto constitucional, por lo que el órgano jurisdiccional que conozca la acción legal, le corresponde hacer efectiva las medidas de reparación contempladas *prima facie* en la ley.

[20] Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, fs. 8 a 9.

[21] Constitución de la República, "art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales".

[22] Código de Procedimiento Penal, "art. 309.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia reducida a escrito, deberá contener: (...) 5) La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular...".

Toda vez que el *ad-quem* en su resolución, no ha determinado los rubros materiales e inmateriales, pasando por alto que, a pesar de que en esta clase de infracciones el ideal de la *restitutio in integrum,* no alcanza su punto más álgido, se debe mitigar y compensar en la justa medida el daño ocasionado, alejando la desigualdad y discriminación para lo cual, el juzgador debe considerar no sólo el aspecto patrimonial o material sino el aspecto moral, entendido como "[...] los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima y su familia."[23], por lo que, debe disponer la adopción de las medidas necesarias tendientes a efectivizar estos valores.

Bajo estos presupuestos y al verificar *per se,* que la sentencia impugnada adolece de un error *in iudicando,* este Tribunal de casación, 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, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por mayoría:

RESUELVE

1) **Declarar** improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, al no haberse demostrado violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
2) **Casar de oficio** la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de fecha 06 de febrero de 2015, las 13h44, por contravenir expresamente el texto del art. 78 de la Constitución de la República, en el sentido de considerar que, a lugar la reparación integral a la víctima, particularmente en lo referente al daño material e inmaterial, bajo los parámetros establecidos en la norma constitucional referida.
3) Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.

Notifíquese, cúmplase y publíquese. Actúe la doctora Ximena Quijano Salazar, en calidad de Secretaria Relatora.

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VOTO SALVADO
Juicio No. 0285-2015
Juez Ponente: Dr. Richard Villagómez Cabezas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Ciudad de San Francisco de Quito, viernes 24 de junio del 2016, las 08h00.-

VISTOS: El presente enjuiciamiento tiene como antecedente los hechos suscitados el día 29 de septiembre de 2013, y que conforme denuncia realizada por Alex Francisco Casabona Coello, se circunscribe a lo siguiente:

> "*...se encontraba hospedado en el Hotel Arena Caliente del cantón Playas (Prov. Del Guayas), ubicado en la Avenida Guayaquil y Paquisha con 70 personas en un retiro evangélico desde el 28 de septiembre del 2013, más resulta que el 29 de septiembre del 2013, a las 00h15 aproximadamente en circunstancias que se encontraba descansando en una de las habitaciones del Hotel, lo fueron a despertar para indicarle que un sujeto (Edwin Damián Rodríguez Figueroa) había subido hasta el tercer piso del Hotel, procediendo a entrar a la habitación donde se encontraban hospedados cinco chicas de la congregación; de las cuales había bajado al Hall del hotel tres adolescentes*

[23] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio vs Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2013, (Fondo, reparaciones y Costas), párr. 90

y se encontraban dormidas dos en la habitación, lo que ha sido aprovechado por este sujeto, quien ingresó a la habitación y procedió a morbosear y manosear a la adolescente de 14 años de iniciales A.V.V.B[1]*, quien se encontraba dormida, lo que fue observado por otra adolescente de nombres Julissa Serrano Pilligua quien alerta a los demás adolescentes que se encontraban en las demás habitaciones sobre este hecho, saliendo este sujeto en precipitada carrera logrando ser detenido por el recepcionista y el guardia del Hotel." (Sic.)*

Con estos antecedentes, la Fiscalía General del Estado (FGE), dicta resolución de inicio de instrucción fiscal en contra del ciudadano Edwin Damián Rodríguez Figueroa a quien le atribuye el cometimiento del delito tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal (CP) y al haberse calificado judicialmente el inicio del proceso, se dispone la prisión preventiva del justiciable.

Tramitada que ha sido la etapa de instrucción en la que se ha practicado actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos atribuidos a Rodríguez Figueroa, FGE emite, en audiencia preparatoria, dictamen acusatorio en su contra, y la señora Jueza Décimo Octava Multicompetente del Guayas, con sede en el cantón Playas, con fecha 20 de noviembre del 2013; las 15:53, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, considerando que, de los resultados de la instrucción fiscal, se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y la participación del acusado, en calidad de presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 504.1, Capítulo II, título VIII, libro II, CP, vigente a la fecha de la perpetración del delito. Se ratifica la prisión preventiva dictada en contra de Edwin Damián Rodríguez Figueroa. De conformidad con lo señalado en el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal (CPP), se ordena la prohibición de enajenar los bienes del acusado por la cantidad de $3,000. oo, (tres mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), oficiándose en tal sentido a las autoridades correspondientes.

Radicada la competencia para fines de la etapa de juicio y una vez que se ha practicada los medios de prueba presentados por las partes procesales, el Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas, con fecha 6 de febrero de 2014, las 14h00, dicta sentencia en que confirma el estado de inocencia de Edwin Damián Rodríguez Figueroa, dejándose sin efecto todas las medidas cautelares personales y reales dictadas en contra de éste y se ordena su inmediata libertad. Se declara que la denuncia presentada por el señor Alexis Francisco Casabona Coello, no es ni maliciosa ni temeraria.

Disconforme con esta decisión, FGE interpone recurso de apelación para ante la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que el día 6 de febrero de 2015, las 13h44, revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara al acusado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, autor del delito tipificado en el artículo 504.1 CO, imponiéndole la pena de cuatro años de privación de libertad. Sobre la aplicación del principio de favorabilidad, el tribunal adquem, aplica la normativa vigente al momento del inicio de la instrucción fiscal, considerando que ésta es menos gravosa frente al Código Orgánico Integral Penal (COIP) considerando que esta conducta cometida

[1] A fin de evitar su exposición pública y que perjudique a su desarrollo personal, social e integral, se omite los nombres de la menor ofendida en la presente sentencia; la ofendida será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (A.V.V.B.), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 CRE que señala: *"El Estado, la sociedad y la familia promoverá 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 de sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"*. En el mismo sentido, se expresa el artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia, están obligados a garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes que viven en el Ecuador, para lograr su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad. Al efecto, regula el goce y ejercicio de esos derechos, derechos y responsabilidades, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos, protegerlos, conforme al principio del interés superior y la doctrina de protección integral prescrito en el artículo 50 ibídem, como el artículo 52, que se refiere a las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen; y las prohibiciones de los numerales 3 y 4, que tiene que ver con "La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas..." así como "La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación de víctimas de maltrato, abuso sexual…"; el artículo 53 que precautela el derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar...".

en contra de una adolescente (menor de edad), en la actualidad se encuentra integrada en el artículo 170.2 ibídem, que sanciona con una pena privativa de libertad, más gravosa, de 5 a 7 años. Con costas, daños y perjuicios.

Dentro del término legal, Edwin Damián Rodríguez Figueroa, interpone recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia.

1. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión, según los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)[2]; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria[3], en concordancia con la Ley reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las deferentes Salas de esta alta Corte.

Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores doctores: Miguel Jurado Fabara y Gladys Terán, Juez Nacional Ponente, Jueza Nacional; y, Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.[4]

Ninguna de las partes procesales ha cuestionado la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme lo artículos 352-354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

2. FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO

El doctor Milton Toral Cevallos, defensor de Edwin Rodríguez Figueroa, al fundamentar el recurso de casación interpuesto, en lo principal, señala que:

> "No existe posibilidad que el Tribunal valore prueba, pero sí, que examine el pronunciamiento del juez al momento de fallar, las normas jurídicas que habían sido en nuestro criterio violadas, al momento de la sentencia, en cuanto al art. 504.1, no se trata de indebida aplicación, si no de violación por contravenir expresamente a su texto, haciendo la fundamentación del recurso, presentado el jueves 19 de febrero del 2015, en la Corte de Justicia de Guayaquil, particularmente hacemos mención a que existe violación de la ley, por contravenir a su texto en cuanto al art. 85, se refiere a la finalidad de la prueba y en qué momento debe ser incorporada al proceso, también la violación de la ley en la sentencia, por contravención de la norma del art. 88 del mismo Código de Procedimiento Penal. La garantía suprema que tiene el acusado o procesado, señalada en el art. 143 del Código de Procedimiento Penal así como el art. 97, también por contravenir a su texto de la Ley del Registro Civil Identificación y Cedulación, el art. 304 vuelvo al Código de Procedimiento Penal, en cuanto que la sentencia debe ser motivada, incorporo al art. 124 valor probatorio del testimonio propio del mismo Código de Procedimiento Penal, hay una reiteración innecesaria de testimonios de policías que actuaron posteriormente al cometimiento de la infracción, la necesidad de motivar un fallo debe ser como está prevista en la norma, el art. 304 del Código de Procedimiento Penal,

[2] Art. 184 COFJ.- 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. 186 COFJ.- 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…

[4] Actúa por licencia concedida al señor doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, conforme el oficio suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

establece que la sentencia debe ser motivada, adicional a la motivación constitucional que exige la carta magna en el art. 76 numeral 7 letra L. el fallo da causa de razón, es virtualmente inentendible, ininteligible, se destaca del fallo de la sala de instancia de la Corte de Justicia de Guayaquil en lo pertinente de sus consideraciones jurídicas y fácticas que realiza la sala respecto al recurso de apelación, ni bien iniciado el proceso que está en el folio dos, carilla inversa, empieza sus consideraciones, jurídicas y fácticas y de inmediato al omine de que inicia su consideración fáctica, en este considerando quinto, ya concluye que el Tribunal de Garantías Penales a penas a tres líneas de haber iniciado sus consideraciones jurídicas y fácticas, el Tribunal de instancia tenia competencia y capacidad efectiva para declarar probados los hechos referidos ha establecido sin ninguna valoración, no hay motivación del fallo, dice expresamente, tenía competencia y capacidad efectiva para declarar probados los hechos referidos, por lo que la sala no los acepta, por encontrarlos en pugna con la lógica jurídica y con los estándares aceptables del razonamiento, por lo que corresponde realizar el pertinente análisis jurídico y de facto, que fundamente la decisión judicial, eso no se ve comúnmente en fallos de magistrados o Jueces, al menos aquí en la Corte Nacional, tiene su estructura, tiene la exposición de los hechos, entre las consideraciones fácticas y así es como debe ser, en cuanto al tipo penal acusado, el atentado contra el pudor, desarrolla ahora si doctrina, en la carilla reversa de la página 2 del fallo, ya inicia el 504 dice es el que será reprimido por reclusión mayor ordinaria, la doctrina así ha establecido que cuando Jueces entran a resolver, parece que tienen ya conseguido a priori cual es la norma jurídica, es una gran irregularidad, lo que no está bien que con base de esta estimación a priori ya determine cuál es la norma penal que sanciona el acto con el que termina condenando posteriormente y establece que se someta, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años, quien someta a una persona menor de 18 años de edad o con discapacidad para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que existiera acceso carnal, hasta que el 5.4 después de la doctrina, vuelve a señalar en el presente caso esta sala a determinado que los hechos probados en el presente proceso se subsumen en el delito de atentado al pudor, tipificado en el art. 504.1 del Código Penal y la ley interpretativa, el Tribunal no tomo en cuenta que los hechos se subsumen en el delito de atentado al pudor lo cual se desprende de la sentencia impugnada, la calificación del delito, en el origen de fallo establece el Tribunal de instancia quien someta a una persona menor de 18 años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, someta u obligar verbos rectores, parte del tipo persona menor de 18 años de edad o con discapacidad y de actos de naturaleza sexual, ahí está el parlamento del tipo penal descrito por el legislador, cuando hablamos de menor de 18 años de edad el Tribunal al calificar el tipo deja dicho cosas a través de personas o policías referenciales que llegaron después de los incidentes acusados y da por probado lo que la ley del art. 97 la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación dice que la manera de acreditar la identidad personal de los habitantes de la República es la cédula de identidad o de la identidad y ciudadanía que serán expedidas por la Jefatura Registro Civil Identificación y Cedulación eso es la ley, contraviene la ley en su texto expreso por que la sala en el momento de calificar la conducta, viola esta norma porque dice que con relación a los testimonios presentados incorporados al proceso de los policías Jimmy Andrés Armijos Vicente, Víctor Hugo Leiva Pesantes, el denunciante Alexis Francisco Casabona, Marco Vinicio Cárdenas Calle, la persona ofendida según los Jueces de instancia, acreditan la minoría de 18 años de edad a través de los testimonios y dicen expresamente, Andrés Armijos Vicente, así lo copia en la sentencia la sala, determina que la víctima fue identificada por el agente investigador, que la considero como menor ofendida, es la prueba que admite la sala, violando el texto que obliga a los ciudadanos del país, ha acreditar su identidad, hay violación expresa, violación inicial en este texto, porque la sala debiendo exigir el documento formal para acreditar la edad de una persona , dice que esta fue acreditada a través de testimonio de policías que la consideraban una adolescente, luego de establecer estos hechos dice con lo que se determina objetivamente que si existieron suficientes elementos que dan cuenta que la víctima fue identificada como adolescente, viola la ley por testigos que sí estuvieron presentes y tomaron

contacto ella en ese momento, si el Tribunal exige lo que le ordena la ley no viola y por ende al fallar debía decir no consta acreditada la minoría de 18 años de la persona ofendida y por tal se absuelve o se ratifica el estado de inocencia del procesado, debe calzar el tipo penal que describe la ley con el hecho que subsume el tribunal, sigue diciendo ya en reverso del folio 3, parte baja, esta sala encuentra que la conducta de la víctima, que se demuestra que es menor de edad, encontrándose dormida no puede percatarse de lo que sucedía en el lugar pues si existen testigos directos de los hechos, dice que comenzaba a morbosear (Sic), ese testigo directo de los hecho en los cuales posteriormente el Tribunal sustenta la declaración de culpabilidad y condena, lo único que dice empezaba a morbosear (Sic), no es un verbo sancionado por la real academia de la lengua, que debemos entender por morbosear (Sic) la sala no lo dice, incumple la norma del Código Penal, que determina que debe ser obligada a realizar actos de naturaleza sexual, ese morbosear (Sic) por mucho que lo podamos entender comúnmente, no está registrado por la real academia de la lengua española, y obviamente a los efectos jurídicos no los podemos tampoco aceptar, pero no solo eso, con esto pretende el Tribunal zanjar que la persona supuestamente ofendida no comparezca a la audiencia, no comparece a la audiencia la menor y hablamos entonces de una sombra por eso es que ya esto es de cosecha personal se establece que la prueba de la minoría de 18 años, está acreditada por los policías, testigos referenciales que actuaron después de esos incidentes, pero aquí dice que todo esto se encuentra soportado en el juicio, por el acusado Edwin Damián Rodríguez Figueroa quien dijo, yo encontré una puerta abierta y eso es verdad lo que dice, había una cama y me acosté boca abajo, con los brazos estiradas, pasaron unos minutos cuando entraron unas personas que decían esta borracho, con lo que la sala concluye objetivamente que el acusado sí estuvo muy consiente, del tiempo que permaneció en el lugar y que para él, solo fue unos minutos, pero eso no es lo que se está discutiendo, tenía que decir si que los actos de morboseo (Sic), que le envigan, por que dejan como una verdad evidente en líneas arriba, que así lo ha dicho una testigo que considera directa, que esos actos son de naturaleza sexual y que debían necesariamente ser calificados por el tribunal, lo cual no hace, cuando entra el nexo causal determinado en el art. 88 del Código de Procedimiento Penal, dice para esta sala si existen hechos probados de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado por la presencia de testimonios directo e indirecto que dan cuenta de cómo se cometió el delito y que el procesado es responsable de esos actos, y aquí incumple nuevamente con la ley el Tribunal, debía aplicar lo que le ordena el art. 88 presunción del nexo causal, es necesario que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho, si el tipo la exigencia de la descripción que el legislador hace a lo que acabamos de referirnos no están ni siquiera mencionados como tales en la sentencia del fallador, entonces no existe infracción que se encuentre comprobada conforma a derecho, que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones y lo que precisa el tribunal aquí, es injertar su presunción en otras presunciones, que no están probadas, de los policías a los que la misma sala dice que son referenciales, violando esta norma, llega a la conclusión coherente con lo que acaba de decir, pero incoherente con lo que dice la ley y la viola flagrantemente, porque establece cuales son los requisitos que deben cumplirse no es discrecional, incumple la norma, no se cumplía el tipo, como entonces existe la materialidad de la infracción comprobada conforme a derecho, al establecer esta manera o llegar estas conclusiones pasa por agredir un elemental principio que habla de la presunción de inocencia, de los sujetos procesados, y establece lo que era declaración del procesado, que si llego estuvo ahí, no lo atendieron en el inicio para ingresar al hotel, estaba ebrio, sube queriendo acostarse, era ya 12 de la noche, encuentra una puerta abierta y se acuesta, pero eso lo toma al revés cuando el testimonio en este caso del procesado, sirve como medio de prueba de la defensa, viola nuevamente la ley y lo deja en estado de indefensión, nos referimos en el recurso de casación en el art. 76 letra A, en todo proceso que se determina derechos y obligaciones, de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este tipificado en la Ley como infracción, la violación del

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

art. 143 del testimonio del acusado que lo que el a dicho le incrimina para sancionarlo y decir hubo atentado contra el pudor, ese acto del 504, no existe la norma, la tipicidad, la conducta del que llega a establecerse en el art. 504 ese acto no está tipificado en la ley como delito y por tanto mal hizo el juzgador al sancionarlo con esta norma del 504 nos vinculamos con nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, en que momento la sala de instancia agrede este principio, cuando va sobre el testimonio que decía yo llegue, me acosté boca abajo y después de unos minutos unas personas me alborotaban, me quisieron coger y tuve que salir en ese momento que es el momento supremo del proceso, como es el fallo o la sentencia y cuando el procesado no puede decir nada, lo deja en indefensión y pasa por todas estas normas agraviándolas, avasallándolas, arremetiendo contra un derecho elemental, si no hubiera dicho eso la sala, si hubiera considerado estas normas, que las viola expresamente, debió decir el testimonio del acusado es un medio de prueba, no hay prueba, además no existe más prueba que lo incrimine y por lo tanto no es posible un enjuiciamiento, y menos en los términos como lo están haciendo con una reclusión ordinaria mayor de 4 años, sin sustento, sin apoyo jurídico alguno, pido acto de justicia, casen el fallo y dicten el que corresponde, entre otras cosas, y esta es la grave violación, no está tipificado la actividad o el hecho de entrar a un hotel pretenderse hospedar no está tipificado eso como una infracción". (Sic)

Por su parte, el doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, al ejercer el contradictorio, señala que:

"De conformidad con el art. 349 del Código de Procedimiento Penal inciso 2 en esta audiencia se ha tratado de valorar las pruebas que ya fueron tomadas en consideración dentro del proceso y eso no está permitido que se valore la prueba nuevamente, además se ha indicado que se ha violentado el procedimiento, que ha habido contradicción expresa de su texto del art. 85, 88, 1343 y 304 del Código de Procedimiento Penal, pero no indica en que forma a incidido la violación de estos artículos para dictar sentencia por parte de la sala correspondiente de la sentencia que es atacada en este momento, la Fiscalía por su parte presento todas las pruebas de cargo correspondientes dentro del proceso, las mismas que fueron pedidas, ordenadas, judicializadas e incorporadas al expediente, mediante las cuales se probó la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sentenciado, sin embargo debo aclarar que en primera instancia el Tribunal Undécimo sin tomar en consideración estas pruebas, pues dicto sentencia de inocencia del procesado, corrigiendo la sala correspondiente esta sentencia y dictando cuatro años de reclusión en contra del procesado, se ha indicado que mucho se ha tomado en consideración la palabra morbosear, dejemos a un lado lo que dice morbosear, pero también se dice dentro del proceso que ha tocado las partes íntimas de la niña y eso si es atentar contra el pudor de la adolescente, se ha dicho que solamente entro al hotel, vio una cama y se acostó boca abajo, pero lo que no se dice, ahí no habría ningún inconveniente si se acostó solo, como dice el señor abogado habría una contravención, pero el problema es que no se acostó solo, se acostó junto a una niña, que estaba durmiendo, que se encontraba totalmente exhausta y cansada después de haber pasado un día en la playa, y empezó a manosearla sus partes íntimas, fue visto por una compañía de cuarto y obviamente ella aviso a los compañeros y compañeras que se encontraban en el hotel Arena Caliente de Playas y es ahí que hacen bulla y el señor se da cuenta que estaba haciendo mal esta situación ahí y sale corriendo, siendo detenido por el guardia y el representante del hotel en la parte baja y llega la policía, obviamente lo toma preso, es decir se ha comprobado que existió el atentado al pudor en contra de la niña, la versión es congruente es unívoca concordante y clara rendida por la otra menor que estaba junto en la habitación, con estos antecedentes se ha violentado el bien jurídico protegido sustentado en el art. 44 de la Constitución Política en concordancia con 66.3.A de la misma, por su parte el sentenciado dentro del proceso tuvo un debido proceso, conforme lo estipula el art. 76 de la Constitución Política en concordancia con el art. 168.6 y 169 de la carta magna, así como la respectiva seguridad jurídica constante en el art. 82 ibídem, se indica que no está debidamente motivada la sentencia, pero si se revisa el considerando quinto de la sentencia atacada, encontraremos de que se encuentra debidamente fundamentada y motivada la sentencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

y en tal virtud Fiscalía no ha estado de acuerdo con la exposición realizada por el señor abogado del recurrente, en consecuencia solicita que se ratifique la sentencia subida en consulta y se declare improcedente el recurso de casación planteado". (Sic)

En ejercicio de réplica, el recurrente Rodríguez Figueroa, puntualiza que:

"No se está pidiendo valoración, me he referido exclusivamente a lo que está en el fallo, el doctor Jorge Zabala Baquerizo, en su obra el Proceso Penal, distingue entre un error de derecho por omitir una circunstancia que relaciona al procesado con el delito, y el error que se encuentre en la calificación de esa intervención establecida en la sentencia, el error que se encuentra en la calificación, no he pedido que revisen el acervo probatorio ni están en condiciones de hacerlo, dice el doctor Jorge Zabala Baquerizo si se expresa en la sentencia que el Juez tiene la certeza que Ticio es culpable del delito de homicidio, sin establecer en el fallo, cual es el acto ejecutado por Ticio, que llevo al joven a formar su certeza, ese es el caso, porque no dicen que partes íntimas, si así se tratara, fueron tocadas, hablan es de morbosear (Sic), se comete el error de derecho por violación de la ley al contravenir el texto de la misma que exige para condenar que el agente al actuar al actuar adecue su conducta a una norma punitiva, esto es he hablado de la calificación de la infracción y así lo he enfatizado yo no estoy pidiendo que revisen el acervo probatorio, si ustedes logran y eso les pido además, leer lo que dice el fallo no el juicio, es más ni lo miramos si quiera, pero si lo que dice el fallo, en cuanto a que no hay contradicción entre las versiones de la única testigo que dice que entro, aquí lo establece el Tribunal, y está en el fallo, que dice que entro y la vio dormida, después esta mismo testigo dice que la vio asustada, dice que le toco las partes íntimas, y luego dice cuando salí la empezaba a morbosear (Sic), no es verdad pues que existen parte íntimas tocadas". (Sic)

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la sentencia de un error *in iudicando* que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, pudiendo errar en dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en 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. De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; 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.[5] La segunda área del error *in iudicando*, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver.

La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH,[6] norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 PIDCP.[7] A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación

[5] Roberto Lara. *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho, en Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial Trotta, España, p. 69. Irving Copi y Carl Cohen, Introducción a la Lógica, 1995, Limusa Noriega Editores, 2ª. Edición, México, pp. 615-619.

[6] Art. 8.2.h CADH.- *Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.*

[7] Art. 14.1 PIDCP.- *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP.[8]

La casación, principalmente, tiene función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales[9], corresponde tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (ius constitutionis) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, ius litigatoris). Es por ello que cuando se casa una sentencia, su efecto rescisorio, realiza el derecho subjetivo derivado del ius constitutionis (derecho objetivo).

En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que el día 6 de febrero de 2015, las 13h44, acepta el recurso de apelación formulado por FGE, revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara al acusado Edwin Damián Rodríguez Figueroa, autor del delito tipificado en el artículo 504.1 CP, imponiéndole la pena de cuatro años de privación de libertad.

Los cargos que formula la defensa técnica de Rodríguez Figueroa se circunscriben objetivamente a dos puntos: la inmotivación de la sentencia dictada por el adquem; y, error in iudicando por contravención expresa de los arts. 504.1 CP y 97 de la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación; y, 88 CPP:

La conducta atribuida, por el tribunal adquem, al ahora recurrente es la prevista en el artículo 504.1 CP, ultractivo, que dice:

> "*Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal".*

Ahora bien, precisada la conducta que se atribuye a Rodríguez Figueroa, su defensa técnica escoge, para la fundamentación del recurso la contravención expresa de la ley. Causal que se encuentra taxativamente prevista en el artículo 349 CPP y que se enfoca en una deficiente subsunción cuando el juzgador dota a la norma, en este caso, sustantiva penal de un contenido que no tiene.

El argumento casacional de Rodríguez Figueroa Rodríguez se enlaza luego, cuando a particular parecer, no estaría probada la condición etaria de la víctima, al no haberse justificado con la cédula de identidad o ciudadanía.

Los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 504.1 CP, en su orden exigen:

Un sujeto activo no calificado, cuando por el principio de legalidad no se requiere una condición especial del agente; en tanto que, el sujeto pasivo del delito (la víctima) puede tener dos condiciones: ya sea menor de 18 años de edad o persona con discapacidad.

En este punto, la condición etaria de la víctima (minoría de edad, conforme denominación arcaica) es uno de los elementos constitutivos del tipo penal. De modo que, en ausencia de este elemento, no se configuraría el tipo penal atribuido al justiciable.

Para establecer un concepto de minoría de edad, opera remisión al Código Civil (CC) que en su artículo 21 establece que:

> "Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos".

Mientras que, para el mismo concepto, el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), corpus juris de reciente data a diferencia del CC, en su artículo 4 dice:

> "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 de edad".

La aseveración de que la edad de la víctima (elemento constitutivo del tipo penal) solo puede probarse

[8] Por tanto, a través de este medio no se puede revalorar la prueba. Por ello los objetivos de la casación se contraen a tres: a) el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta; b) la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, c) la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales.

[9] Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons, 4ª. Ed., Barcelona, 2009, p. 278

mediante cédula de identidad o d ciudadanía, al tenor de lo que dispone el artículo 97 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación[10] carece de validez y eficacia, puesto que, de operar aquello se estaría frente a una forma de prueba tasada, rezago del sistema inquisitivo, cuando nuestro sistema procesal es eminentemente acusatorio-adversarial, y por tanto se rige por el numerus apertus o principio de libertad probatoria, previsto desde antes en el artículo 84 CPP[11] y hoy en artículo COIP[12]

De forma que, la interpretación que el recurrente da al artículo 97 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, es sesgada, esto es, para favorecer su posición, realizándose una aplicación extensiva (prohibida en materia penal) puesto que la cédula de identidad o ciudadanía, según sea, sirve para establecer la identidad de su titular y no únicamente para probar la edad conforme el planteamiento de Rodríguez Figueroa quien crea, mediante esta forma de interpretar, una suerte de prueba tasada, ajena al sistema procesal penal ecuatoriano que reconoce y garantiza el numerus apertus, esto es la libertad probatoria de las partes, en tanto tal actividad no riña con la CRE y la ley.

Cuando el tribunal de apelación realizad el juicio de tipicidad, por el que, mediante subsunción, adecua los hechos (contenido fáctico) en el tipo penal del artículo 504.1 CP (Contenido iure) prescinde al testimonio de la víctima, quien, acorde con el razonamiento judicial, no ha comparecido a rendir versión peor aún testimonio anticipado (inciso tercero del art. 112 CPP[13]) o testimonio en juicio conforme el inciso primero del artículo 112 CPP en concordancia con el artículo 79 ibídem.[14]

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido de modo reiterado que el testimonio de la víctima, en tratándose de delitos sexuales, es imprescindible debido a la clandestinidad en que se suscita esta clase de injustos penales en que la víctima se constituye en fuente primaria de la forma en que se suscitó el delito y la responsabilidad penal del agente que lo provocó.[15]

El tribunal adquem construye el razonamiento judicial y luego las conclusiones prescindiendo de la víctima (de su testimonio), toma el informe del agente investigador, policía Nacional Jimmy Andrés Armijos, quien habría entrevistado a la adolescente ofendida, y, luego se transcribe un segmento de tal entrevista (contenido en el informe de investigación), suscitándose en el numeral quinto, intitulado: CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS QUE REALIZA LA SALA RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN, (Sic), error in iudicando por contravención expresa del inciso segundo del artículo 119 CPP que taxativamente manda que:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[10] **Art. 97.-** Documento que acredite la identidad personal.- La identidad personal de los habitantes de la República se acreditará mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía, que serán expedidas por las Jefaturas de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a base de los datos de filiación constantes en las actas de Registro Civil o en el correspondiente documento de identificación si se tratare de extranjeros, y de las impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso.

[11] **Art. 84.-** Objeto de la prueba.- Se pueden probar los hechos y circunstancias de interés para el caso. *Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas*.

[12] **Art. 454.-** Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguiente principios:
(...) 4. Libertad probatoria.- 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 (..)

[13] (...) Como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio(...)

[14] **Art. 79.-** Regla general.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.
Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio.

[15] **Art. 119.-** Recepción.- La prueba testimonial de recibirá en la etapa del juicio ante el tribunal de garantías penales (...)
Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Procesos penales: 19-2012; 297-2011; 991-2012; 87-2011; 1004-2012; 373-2011; 1109-2012; 1209-2012; 54-2012; 816-2011; 1248-2012; 821-2011; 1534-2012; 1546-2012; 1017-2011; 1587-2012; 1248-2015

> (...) Los partes informativos, informes periciales, versiones de los testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba (...)

Razonamiento que luego desemboca en la parte resolutiva de la decisión, en una conclusión equívoca, cuando se declara la existencia del delito y la responsabilidad penal del justiciable, al no estar siquiera cumplidos los elementos constitutivos del tipo penal (tipicidad) para la subsecuente atribución de responsabilidad en ausencia de las categorías dogmáticas de antijuricidad, culpabilidad, y, pena.

4. RESOLUCIÓN

Por lo 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,** declara improcedente el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Edwin Damián Rodríguez Figueroa. No obstante, ex oficio, con fundamento en el artículo 358 CPP, se declara error iu iudicando por contravención expresa del artículo 19 CPP, por lo que se ratifica el estado de inocencia del justiciable Edwin Damián Rodríguez Figueroa conforme se deja explicado ut supra. De conformidad con el artículo 309.6 CPP[16], en concordancia con los artículos 130.6 y 9 COFJ se declara la incorrección de la actuación del Abogado Milton Toral Zeballos, defensor del procesado recurrente, quien ha inasistido, pese a estar notificado en legal y debida forma, a reinstalación de audiencia de casación. Por tanto, ofíciese al Consejo de la Judicatura dando a conocer este particular. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. ***NOTIFÍQUESE.-***

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL. (VOTO SALVADO).

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[16] **Art. 309.-** Requisitos de la sentencia.- La sentencia reducida a escrito, deberá contener:
(...) 6. La existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor. En tal caso se notificará con la sentencia al Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente; y, (...)

VII

Resolución nro. 1175-2016
Juicio nro. 678-2016

Juicio penal por lesiones propuesto por la Fiscalía General del Estado y la acusadora particular Bertha de Lourdes Pozo Toro contra María José Quiñónez Cortez

SÍNTESIS

El 24 de marzo de 2016, las 10h54, el Tribunal Penal de Garantías Penales de Sucumbíos, declaró la culpabilidad de María José Cortez Quiñónez por considerarla autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 465 del Código Penal de lesiones; en tal virtud y considerando circunstancias atenuantes en favor de la acusada, el impuso la pena modificada de treinta días de prisión correccional, multa de veinte dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y quinientos dólares por concepto de daños y perjuicios ocasionados a la víctima; fallo del cual, la acusadora particular Bertha de Lourdes Pozo Toro y la representante de la Fiscalía, interpusieron recursos de apelación. El 25 de abril de 2016, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, aceptó en parte de los recursos interpuestos; en tal sentido, reformó la sentencia subida en grado y condenó a la acusada a la pena de un año de prisión, al pago de mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y por reparación integral disculpas públicas; resolución de la cual, la sentenciada interpuso recurso de casación. El 28 de septiembre de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar el recurso de casación interpuesto por María José Cortez Quiñónez y casa la sentencia dictada por el ad quem; y, enmendando el error de derecho, declara a la recurrente culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 463, inciso segundo del Código Penal, por lo que se le impone la pena de cincuenta y ocho días de privación de la libertad, más el pago de daños y perjuicios ya dispuestos por el tribunal de segunda instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 678-2016

Juez Ponente: Dr. Luis Enriquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, miércoles 28 de septiembre del 2016, las 10h18.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

El 24 de marzo de 2016, las 10h54, el Tribunal Penal de Garantías Penales de Sucumbíos, declaró la culpabilidad de María José Cortez Quiñónez por considerarla autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 465 del Código Penal de lesiones; en tal virtud y considerando circunstancias atenuantes en favor de la acusada, le impuso la pena modificada de treinta días de prisión correccional, multa de veinte dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y quinientos dólares por concepto de daños y perjuicios ocasionados a la víctima; fallo del cual, la acusadora particular Bertha de Lourdes Pozo Toro y la representante de la Fiscalía, interpusieron recursos de apelación.

El 25 de abril de 2016, las 15h50, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, aceptó en parte los recursos interpuestos; en tal sentido, reformó la sentencia subida en grado y condenó a la acusada a la pena de un año de prisión, al pago de mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y por reparación integral disculpas públicas; resolución de la cual, la sentenciada interpuso recurso de casación, para ante la Sala

Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Agréguese al proceso el escrito presentado por Bertha de Lourdes Pozo Toro y téngase en cuenta la casilla y dirección electrónica: 1042 y ovaldiviesoc@hotmail.com, que señala para recibir notificaciones.

COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art. 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los arts. 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

El Tribunal está conformado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente, señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, quien por encontrarse con licencia legalmente concedida, actúa en su reemplazo la señora doctora Magaly Soledispa Toro, Conjueza Nacional, conforme consta en el oficio No. 000-SG-CNJ-MBZ, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.

TRÁMITE

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 del inicio del proceso, que para el caso *in examine* son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el art. 349 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al no haberse advertido causal que pueda anular o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales intervinieron en el día y hora de la audiencia.

Fundamentación de la defensa técnica por parte de la recurrente María José Cortez Quiñónez.

a) No se logró establecer plenamente la infracción; en el considerando octavo del fallo recurrido, ya que, se hace referencia a un informe médico legal emitido por el doctor Carlos Macías Avilés, en el que se establece que la señora ofendida tiene una incapacidad de 4 a 8 días, pero, posteriormente a los tres meses del primer informe se vuelve a realizar otro en el cual se determinó una incapacidad de más de 30 días.

b) En tal sentido, existe una indebida aplicación del artículo 465 segundo inciso del Código Penal, por cuanto hay una duda de que las lesiones del segundo informe hubiesen sido como consecuencia de las primeras; por consiguiente, la pena aplicable para la procesada sería la del artículo 463 del Código Penal, por el delito de lesiones sancionado hasta 8 días. Por lo que solicita se case la sentencia.

Ante la réplica concluyó señalando que la discapacidad que posee la acusadora particular es congénita y la procesada no sabía de aquello.

Contestación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado a la fundamentación de los recursos propuestos por los sentenciados.

a) La indebida aplicación procede cuando el juzgador de instancia hubiese aplicado una norma distinta al caso. La Sala Penal de la Corte Provincial de Sucumbíos sí ha aplicado la norma que corresponde al caso, artículo 465 inciso segundo del Código Penal porque efectivamente existen lesiones en contra de la agraviada, quien tiene una discapacidad del 55%.

b) En el recurso de casación no se admite revalorización de prueba, puesto que se ha referido al informe médico legal, mismo que debía sólo analizarse en la etapa correspondiente; además, se ha manifestado que se ha aplicado la agravante del artículo 30.1 del Código Penal, también se aplica los artículos 85, 35 de la Constitución

de la República del Ecuador, y se estima que no se ha violentado el artículo 82 ibídem. Por lo manifestado se solicita que rechace el recurso de casación.

Contestación por parte de la defensa técnica de la acusadora particular, Bertha de Lourdes Pozo Toro, que en lo principal manifestó:

a) El recurso de casación es improcedente porque no reúne los requisitos de ley, puesto que es un recurso extraordinario, especial y técnico como así lo ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia. El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal manifiesta que si en la sentencia se hubiese violado la ley, se deben manifestar los errores de derecho, solamente en tres casos ya sea por contravención expresa de la ley, por indebida aplicación y por haberse interpretado erróneamente. La recurrente ha manifestado que se han violado las normas jurídicas, pero no manifiesta como han sido violadas y qué disposiciones legales deberían ser aplicables.

b) La casacionista se refiere a las pruebas sobre el informe médico legal, en el cual, en el primer informe habla sobre una incapacidad física de 4 a 8 días y en el segundo informe de 30 días, esto se realizó por el resultado de las lesiones. En relación a las pruebas, no constituye transgresión a la ley, puesto que el caudal probatorio es privativa del juzgador, ya que es quien tiene la potestad de emitir su juicio de valor, de conformidad a los artículos 86, 305, 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador; por lo tanto, no se puede fundarse en la valoración de la prueba por expresa prohibición del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

c) El artículo 73 del Código Penal solo es aplicable si no existen agravantes, lo que en el presente caso si constan y han sido probadas, como son la alevosía, ensañamiento, crueldad, y discapacidad de la víctima. El artículo 44 del COIP dispone que se le imponga la pena máxima, aumentado en un tercio. Este delito se lo realizó bajo las circunstancias del artículo 450 del Código Penal. Por lo tanto, solicita que se case y que se le imponga la pena correspondiente de tres años de prisión.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

Parámetros de análisis del recurso de casación.

Esta impugnación extraordinaria, está dirigida a enmendar los errores que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, por su naturaleza es de carácter extraordinario; es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 349 Código Adjetivo Penal), fuera de las cuales su consecuencia es la declaración de improcedencia del recurso planteado.

Coherente con lo expuesto, Gilberto Martínez Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario 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."*[1]). En virtud de aquello, el casacionista debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del impugnante.

Al ser la casación un recurso limitado ha de considerárselo como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencias de segunda instancia, cuando se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde su último inciso determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Tribunal de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, ya que sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley.

En ese sentido, las causales por las cuales procede el recurso de casación se encuentran determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que corresponden a las formas en que la sentencia de apelación puede vulnerar la ley, y se refieren a lo siguiente:

[1] Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

i) Contravención expresa de su texto; este tipo de causal, engloba normas mandatorias, permisivas y prohibitivas, que regulan la actividad juzgadora, por el hecho de contener una disposición dirigida al administrador de justicia; es decir, que la verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el juez ha actuado en contrario a lo que la norma del derecho sustantivo, adjetivo o constitucional le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta.

ii) La indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta, que el juzgador ha seleccionado y atribuido a determinado caso, y su convergencia radica en que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene.

iii) Errónea interpretación, que se refiere a que el juzgador, habiendo tomado aquel precepto jurídico, incorporado a un artículo del ordenamiento jurídico que es el correcto, la apreciación comprensiva que el administrador de justicia le da, es distinto al que verdaderamente la norma enmarca, es decir, evidencia un error de intelección jurídica del juez.

Así mismo, esta vía de impugnación constituye una manifestación del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala:

> *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

Aquella norma, guarda relación con la contienda en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

> *"Toda persona declarada culpable, de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley."*

De esa contextualización, en esta vía de impugnación extraordinaria, lo que procede es el examen del fallo recurrido, para determinar posibles vulneraciones al ordenamiento jurídico, contenidas en la sentencia de apelación, ya que, se trata de un estudio con el objeto de precisar si se han verificado las normas de franqueamiento al derecho por alguno de los presupuestos casacionales señalados *supra.*

Sobre las vulneraciones legales invocadas.

En virtud de lo ya analizado, en el caso *in examine,* la recurrente, ha argumentado como núcleo de su fundamentación que en la sentencia impugnada existe una indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 465, inciso segundo del Código Penal y lo que debió aplicarse es lo dispuesto en el artículo 463 ibídem y que se considere el principio de favorabilidad.

Para que se consideren cumplidos los elementos objetivos de la tipicidad respecto de la infracción acusada y determinar que aquel acto cometido es antijurídico tanto en el aspecto formal como material, necesariamente aquello debe establecerse por medio del acervo probatorio; en tal virtud, y dejando en claro que este Tribunal no realiza un nuevo juicio de valor sobre las pruebas actuadas, se constata que en la sentencia recurrida, el Tribunal *ad quem,* ha creado su convencimiento sobre el nexo causal conforme a lo siguiente:

"8.2. Del Informe Médico del Dr. Carlos Macías Avilés, es irrefutable que la víctima presenta zona de hiperalgesia o dolor de moderada intensidad para los movimientos en región dorsal lumbar sacra, que según elemento de diagnóstico particular presenta Xifoescoliosis Dorso Lumbar más Cérvido Dorsalgia que son diagnósticos de enfermedad congénita que se encuentran en tratamiento pero se presentan aumentados o exacerbados como secuelas o complicaciones al recibir agresión caída contacto con objeto contuso contundente patadas en el piso que ha ocasionado el incremento de la curvatura de la columna vertebral de 2 grados en su enfermedad que mide 22 grados y antes de la agresión media 20 grados por lo que presenta irritabilidad neuromuscular aumentada en la columna vertebral cervical, dorsal, lumbar sacra. Por lo que concluye que dichas lesiones son provenientes de la acción agresión física de un objeto contuso contundente (manos, patadas, caída, empujones) que le determinan una enfermedad e incapacidad física para el trabajo con reposo de más de 30 días desde la fecha de su producción. La víctima señorita María Victoria Tapia Pozo, que según el informe médico tiene 20 años 7 meses de edad, en su testimonio ratifica en forma clara y pormenorizada las circunstancias en que se desenvolvieron los hechos del 11 de julio del 2015, que concuerda con las afirmaciones contenidas en el testimonio de la madre de la víctima, señora Bertha de Lourdes Pozo Toro (a la vez acusadora particular), así como con los informes presentados por

los profesionales médicos Dr. Carlos Macías y Dra. Johanna Margarita Brito Villamarín, quien atendió a María Victoria Tapia Pozo en el Centro de Salud de Cascales inmediatamente después de sucedidos los hechos y que indica que la víctima presenta varias escoriaciones, hematomas y lesiones eritematosas posiblemente causadas por un objeto contuso; a todo ello se suma el testimonio del Policía Wilson Santiago Yanqui Crespo, quien realizó el Informe de Reconocimiento del Lugar de los hechos antes referidos por lo cual y en efecto, se ha justificado y comprobado la existencia de la infracción. En cuanto a la responsabilidad de la procesada María José Cortez Quiñonez, ésta se encuentra debidamente probada con los testimonios de la propia víctima María Victoria Tapia Pozo, de su madre y acusadora a la vez señora Bertha de Lourdes Pozo Toro, de su hermana de crianza Mercy Marilú Ilves Sacoto, quienes dan cuenta pormenorizada y concordante de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, que además se corroboran con los testimonios de los Policías señores Leonardo Fabián Vera Arana y Alexander Fredy Coello Miranda, y que dan cuenta que efectivamente María José Cortez Quiñonez estando con su hija Ortega Cortez Nathaly Esthefany procedió a agredir a María Victoria Tapia Pozo quien le había reclamado el pago de una deuda, propinándole golpes, arañazos, haladas de cabello, patadas, fruto de lo cual se ha caído trayendo como consecuencia lesiones físicas que han incidido en la curvatura de su columna vertebral que ha aumentado en dos centímetros pues anteriormente por una enfermedad congénita denominada Xifoescoliosis Dorso Lumbar ésta presentaba una curvatura de 20 grados y hoy es de 22 grados." (Sic.)

A raíz de tal cita, se puede determinar que el valor probatorio para estructurar un razonamiento sobre la verificación material de la infracción se ha constreñido respecto del informe médico legal elaborado por el doctor Carlos Macías Avilés, sin embargo, conforme se aprecia del fallo objetado, dentro del considerando SEXTO, numeral 8, consta el testimonio del referido médico legal, quien habría practicado un primer informe que dio un resultado de incapacidad física y para el trabajo de 4 días, en tal virtud, lo detallado por el mencionado médico, dio cuenta al tribunal *ad quem,* la existencia material de la infracción por la delimitación del informe pericial debidamente acreditado, conforme se desprende de la lectura al citado considerando, lo cual genera que el razonamiento de la Sala de Apelación en cuanto a su conclusión no guarde ilación con el ámbito de análisis del conjunto probatorio.

Por lo dicho, *"La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento"*[2].

Respecto a la referida cita, los elementos objetivos del tipo penal que se constituyó como probados por la Sala de segunda instancia son:

- Sujeto activo: la acusada del delito de lesiones.
- Sujeto pasivo: la víctima del injusto penal
- Verbo rector: herir o golpear.

En esa contextualización, para que se consideren que los referidos elementos se ajustan a la conducta de la procesada, debe hacerse un juicio de tipicidad, sostenido en el acervo probatorio, el cual "... *está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso."*[3]

Ahora bien, en el objetado fallo el valor probatorio se ha enfocado sobre el segundo informe médico legal, para de tal manera ser contrastado con el resto de prueba y con ello demostrar que los elementos típicos del delito sancionado son atribuibles de imputación a la conducta de la recurrente; sin embargo, y conforme se dejó explicado en párrafos anteriores, la incapacidad física y para el trabajo indicada en el primer informe, debidamente actuado, que concluyó luego del diagnóstico de las lesiones sufridas por la víctima, fue de cuatro días, la que no excede de ocho, lo cual, no fue observado ni dilucidado por el tribunal de segunda instancia, y aquello se configura en un error de derecho, en tal sentido, el determinar que los elementos fácticos analizados tras la valoración de la prueba se

[2] Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Décimo Octava Edición. Bogotá-Colombia. 2014. p. 6
[3] Ibídem 3. p. 135.

ajustan a lo dispuesto en el segundo inciso de la norma contenida en el artículo 465 del Código Penal, constituye una indebida aplicación del citado precepto legal, ya que, la norma que se debía aplicar es la contenida en el artículo 463 del Código Penal, con la consecuencia punitiva del segundo inciso, que sumado a ello, la incapacidad del sujeto pasivo forma parte de uno de los elementos constitutivos contenidos en el artículo 450.10 ibídem.

En otro contexto, delimitada la norma debida que se debió considerar, cabe mencionar que en cuanto a la favorabilidad que fue solicitada como parte de la fundamentación del recurso de casación, no es procedente, por cuanto, el artículo 152.1 del Código Integral Penal que reproduce el delito de lesiones, dispone: *"La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionado con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días";* y, tomando en cuenta que existe una circunstancia agravante, conforme el artículo 47.11 ibídem, *"Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad",* con base a lo dispuesto en el artículo 44 tercer inciso, del cuerpo de leyes citado que señala: *"Si existe el 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.",* habría que aumentar la dosificación punitiva, lo cual no le es favorable a la recurrente.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones que anteceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, acepta el recurso de casación interpuesto por María José Cortez Quiñónez y casa la sentencia dictada el 25 de abril de 2016, las 15h50, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios; y, enmendando el error de derecho, declara a la recurrente culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 463, inciso segundo del Código Penal, por lo que se le impone la pena de cincuenta y ocho días de privación de la libertad, más el pago de daños y perjuicios ya dispuestos por el tribunal de segunda instancia. **Notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase** el proceso a la Sala de origen para los fines legales pertinentes.

f) Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dra. Magaly Soledispa Toro, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VIII

Resolución nro. 1959-2016
Juicio nro. 1443-2015

Juicio penal por asesinato, seguido por la acusadora particular Fanny Alcívar Cevallos y la Fiscalía General del Estado contra Emerson Alejandro Villacrés Gavilanes

SÍNTESIS

El Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Ambato, dicta sentencia condenatoria en contra de Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, el día viernes 3 de julio del 2015, las 09h55, como autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 450.1.4 y 5 del Código Penal, en concordancia con el Art. 31 ibídem, imponiéndole la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial; delito de asesinato que se suscitó fruto de las relaciones de poder existentes entre el victimario Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez y la víctima María Elizabeth Cedeño Alcívar, quienes habían convivido durante algún tiempo, fruto de cuya relación tuvieron una hija en común. De esta sentencia, el procesado interpone recurso de apelación y se adhiere al mismo la acusadora particular, representada por el Defensor Público de Tungurahua. La Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, el día 4 de septiembre del 2015, rechaza el recurso de apelación interpuesto por improcedente y de oficio reforma la sentencia recurrida disponiendo" el comiso especial del vehículo de placas TBB-1633, por cuanto de la prueba actuada se concluye que si bien no es el objeto de la infracción, sin embargo, el mismo ha servido para cometerla, conforme lo señala el Art. 65 del Código Penal; confirmándose en lo demás la sentencia subida en grado. De la referida sentencia, interponen recurso de casación el procesado, la Fiscalía y la acusadora particular. El 24 de octubre de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1443-2015

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, lunes 24 de octubre del 2016, las 11h00.-
VISTOS: La Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, el día 4 de septiembre del 2015, las 14h30, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado y recurrente señor Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, y de oficio reforma la sentencia recurrida y dispone *"el comiso especial del vehículo de placas TBB-1633, por cuanto de la prueba actuada se concluye que si bien no es el objeto de la infracción sin embargo, el mismo ha servido para cometerla, conforme lo señala el Art. 65 del Código Penal; confirmándose en lo demás la sentencia subida en grado."* Aceptado a trámite el recurso de casación y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron el doctor Gonzalo Realpe Raza, defensor del procesado Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez; la acusadora particular Fanny Liliana Alcívar Cevallos, acompañada de la defensora pública María Eugenia Lagos López; en calidad de delegado del señor Fiscal General del Estado, el doctor José García Falconí, cumplido con el trámite previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa el de resolver por escrito, se considera:
PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- El Consejo de la Judicatura, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República del

Ecuador, Art. 182; Art. 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, y por resolución No. 341-2014 renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, designó a las y los juezas y jueces quienes remplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas/ces, que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador; mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas, según le faculta la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 183, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual el presente Tribunal, queda integrado por el doctor Jorge M. Blum Carcelén. Juez Nacional Ponente, de conformidad con el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional y la Sylvia Sánchez Insuasti.

Por licencia concedida a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, actúa en su remplazo la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, conforme consta en el oficio No. 1251-SG-CNJ-MMV, de fecha 08 de septiembre de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL

Examinado el trámite del recurso de casación. no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear la nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en artículo 350 del Código de Procedimiento Penal y fue celebrada la audiencia de conformidad con el Art. 353 ibídem, por lo que este Tribunal de Casación declara su validez.

TERCERO. ANTECEDENTES

El Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Ambato, dicta sentencia condenatoria en contra de Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, el día viernes 3 de julio del 2015, las 09h55, como autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art 450.1.4 y 5 del Código Penal, en concordancia con el Art. 31 ibídem, imponiéndole la pena de VEINTICINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL.

> [...] Se acepta la acusación particular y como medida de reparación integral de conformidad con el Art 78 de la Constitución la República del Ecuador, se le condena al sentenciado al pago de ochenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (80.000,oo USO), en beneficio de la niña Mónica Alejandra Villacrés Cedeño, de cinco años de edad [...] valor que se fija tomando como referencia el salario básico unificado del trabajador vigente, los años que le faltan hasta cumplir su mayoría de edad, por lo que se debe incluir los gastos de educación, alimentación, vestuario, salud, las necesidades propias de una niña de tan corta edad, así como su proyecto de vida, dineros que deberán ser depositado en una libreta de ahorros a su nombre, los mismos que deberán ser administrados por su tutor legalmente designado [...]"

El procesado Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez solicita ampliación y aclaración de varios puntos de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato; y, la acusadora particular Fanny Liliana Alcívar Cevallos, amparada en el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria del Código de Procedimiento Penal, solicita aclaración de la resolución emitida.

El Fiscal Dr. Ferdinand Ocampo Rivadeneira, mediante escrito presentado el 14 de julio de 2015, a las 15h42, indica al Tribunal con respecto al numeral 23 del pedido de aclaración y ampliación de la sentencia, "*se debe negar la devolución de la camioneta, por cuanto de la misma debe disponerse la incautación para proceder al pago de la reparación integral de la víctima, a más de que sobre el particular jamás fue pedido dentro del desarrollo de la audiencia, por no lo que no fue objeto de discusión.*"

El Tribunal de Garantías Penales, con fecha 14 de julio del 2015, las16h30, ante el pedido de desistimiento de la aclaración de la sentencia, por parte del procesado, el Tribunal la acepta, señalando: "[...] *se la acepta por no contravenir disposición legal alguna.*" En lo que respecta a los pedidos de ampliación del procesado y aclaración de la acusadora particular, el órgano jurisdiccional determina: "*En el caso que nos ocupa, el fallo objeto de la ampliación y aclaración es completamente claro e inequívoco, en el cual se ha citado las normas legales pertinentes. Por lo expuesto se niegan los pedidos de ampliación y aclaración solicitados.*"

El procesado, interpone recurso de apelación, el que le es concedido, por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Ambato. La acusadora particular, representada por el doctor Orlando Medina

Escobar, Defensor Público de Tungurahua, se adhiere al recurso de apelación de Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, el mismo que le es denegado, por improcedente.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, con fecha 4 de septiembre de 2015, las 14h30 dicta sentencia y:

> [...] rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado recurrente señor EMERSON ALEJANDRO VILLACRÉS GAVILANES. De oficio se reforma la sentencia recurrida y se dispone el comiso especial del vehículo de placas TBB-1633, por cuanto de la prueba actuada se concluye que si bien no es el objeto de la infracción, sin embargo, el mismo ha servido para cometerla, conforme lo señala el Art. 65 del Código Penal; confirmándose en lo demás la sentencia subida en grado [...] Se deja de esta manera ratificada la resolución que en forma verbal se lo hizo en la audiencia oral y pública llevada a cabo ante este Tribunal.

CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PROPUESTO POR EMERSON ALEJANDRO VILLACRÉS GAVILÁNEZ.

4.1. El casacionista Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, a través de su defensa técnica, ejercida por el doctor Gonzalo Realpe Raza, expresa en síntesis:

Que, interpone casación porque en la sentencia expedida existe errónea interpretación de los artículos 323 inciso segundo, 77.14 de la Constitución y artículo 143 del Código de Procedimiento Penal artículo 65 del Código Penal indebida aplicación del artículo 31 ibídem. Además acusa e impugna la sentencia por falta de motivación.

Indica, que "ya se le imputa al procesado de un delito futuro, estamos frente a un delito presuntamente cometido el 16 de mayo de 2014, es decir tres meses antes de la entrada en vigencia del COIP por lo que al procesado se le debía juzgar con el Código Penal y Código de Procedimiento Penal [...]"

Arguye, que en la motivación de la sentencia, se habla del cometimiento de femicidio, "*que la doctrina la considera como la muerte de la mujer ocasionada por un hombre, están hablando de femicidio, es decir se adelantan a un nuevo tipo penal que estaba por entrar en vigencia en el país, tres meses después de la sentencia.*"

Afirma, existe violación de la ley, por errónea interpretación del artículo 143 Código de Procedimiento Penal, cuando en la sentencia los jueces del testimonio del acusado manifiestan: "[...] Respecto del testimonio del acusado, testimonio éste que constituye medio de defensa y prueba a favor conforme el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal pero al haberse probado la existencia de la infracción constituye un medio de prueba en su contra, por lo que se ha comprobado conforme a derecho que el justiciable fue la última persona que estuvo con la víctima en la madrugada del deceso, esto es, el 16 de mayo de 2014" (Sic)

Manifiesta, que los jueces de la Sala de la Corte de Apelación infringen el artículo 143, por errónea interpretación, cuando dan por hecho que el acusado ha admitido su participación en el ilícito, cuando esto no es así, los juzgadores han dado por hecho que su cliente ha admitido la culpa [...] en otra parte la Sala manifiesta que esa es una prueba irrefutable porque ha admitido la culpabilidad del hecho." (Sic)

Expresa, que existe además errónea interpretación del artículo 65 del Código Penal, y que es violatorio a la norma constitucional 323.2., "[...] que prohíbe el comiso de bienes de manera irregular y arbitraria como lo están haciendo los jueces de la Corte Provincial". (Sic)

Dice, se quebranta el artículo 77.14 de la Constitución, en razón que el único recurrente ha sido Emerson Alejandro Villacrés Gavilanes, y que la norma constitucional prohíbe a los juzgadores empeorar la situación jurídica del procesado, que en el caso la Sala rechaza el recurso de apelación de su cliente, cuando debieron confirmar en todas sus partes la sentencia venida en grado, paro no empeorar la situación jurídica del sindicado.

Señala, que el vehículo que se comisa, es el único bien que posee su cliente, que aparte de que se le impone una pena desproporcionada se le quita el único bien que tiene, «de manera ilegal y arbitraria, empeorándole la situación jurídica y económica del procesado lo que está prohibido por la Constitución y lo que es más, dicen de oficio, no se dieron cuenta que el único recurrente era su cliente [...]"

Sostiene, que existe indebida aplicación del artículo 31, cuando en el considerando 5.8, afirman que el procesado y la víctima han mantenido una relación de convivencia, y que fruto de ello han procreado una hija en común, En razón a que nunca en la audiencia se probó conforme a derecho "que la víctima María Elizabeth Cedeño, haya sido conviviente de Emerson Alejandro Villacrés Gavilánez, el hecho que hayan tenido una relación pasajera sentimental, no se puede interpretar de manera extensiva, lo que está prohibido, no quiere

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

decir que el hecho de haber procreado una hija en común quiera decir que era la conviviente.
Relata, que el procesado recurrente, mantenía una relación de noviazgo con otra persona, quien en la audiencia de juicio dio a conocer este hecho, que por otro lado existe una demanda de alimentos entablada por la víctima al procesado, en la que se evidencia que ella era soltera y que no habitaban un lugar común, de ahí que haya sido citado en una dirección distinta a la de la víctima.
Alega, que para que exista una convivencia se requiere de una cantidad de requisitos jurídicos, como el haber estado viviendo por más de dos años de manera ininterrumpida, compartir el mismo hogar, y dentro del proceso no se ha probado que la existiera; que lo que tienen en común es una hija y que jamás fueron convivientes. Que en esa razón los Jueces de la Corte Provincial están haciendo una aplicación indebida del artículo 31 Código Penal, sin tener ningún elemento jurídico, ni prueba de la que se desprenda que existía una relación de esa naturaleza, informa que dentro del proceso el sindicado aportó una gran cantidad de prueba con la que demostró que no existía la misma.
Discurre, que la única razón para imponer una pena tan desproporcionada a su cliente, fue la aplicación del artículo 31 del Código Penal, cuando no existía ningún prueba de convivencia con la víctima, quien era una trabajadora de la discoteca de propiedad del recurrente, que constan en el juicio, certificaciones del Instituto de Seguridad Social.
Solicita casar la sentencia por: "[...] ser ilegal, enmendar estos errores en derecho, bajarle la pena desproporcionada e injusta que se le ha impuesto a su cliente y ordenar la devolución del vehículo de propiedad de éste, que está ilegalmente detenido en los patios de la policía judicial, ya que en estos delitos no cabe el decomiso, más aún cuando en la sentencia de primer nivel los Jueces no se pronunciaron sobre el vehículo."

4.2. CONTRADICCIÓN POR PARTE DEL DOCTOR JOSÉ GARCÍA FALCONI, DELEGADO DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO, quien expresa:

La sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Ambato, se encuentra debidamente motivada, en la que se señala que existe certeza tanto del delito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450 del Código Penal, circunstancias 1.4 y 5; como la responsabilidad del procesado, hoy recurrente, como autor de este ilícito que terminó con la vida de una persona, madre de una menor de edad, al que se le impone una pena de veinticinco años de reclusión mayor especial, más el pago de 80.000,oo dólares, en concepto de daños y perjuicios a favor de la hija común, que de esta sentencia interpone recurso de casación el sentenciado y la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua desecha la apelación y dicta sentencia con fecha 4 de septiembre de 2015.
Sostiene, que efectivamente este hecho se cometió antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, y que el fundamento para el recurso de casación, está previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 184 de la Constitución de la República, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención ex presa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación, recurso que es técnico y limitado y en el que no se puede valorar la prueba nuevamente.
Indica que la defensa técnica del recurrente "ha escogido la causal de errónea interpretación del artículo 323, inciso 2 de la Constitución de la República, que este inciso no existe.
Dice, que la errónea interpretación, es una de las causales más difíciles de probar, que el recurrente debe comprobar que se aplicó correctamente la norma y que el juzgador la interpretó mal, que se debe hacer un análisis de la tipicidad, legalidad, del sujeto activo, pasivo, circunstancias normativas, circunstancias descriptivas y de la pena, lo que no se ha escuchado en esta audiencia.
Dice, la fiscalía, que la defensa técnica del procesado se ha limitado a decir que existe errónea interpretación del artículo 323 y se refirió exclusivamente a los hechos, y que el recurso de casación no se refiere a los hechos, el recurso de casación procede tan solo por errores de derecho en la sentencia.
Expresa, que también se refirió a la actuación del fiscal y dicho funcionario no tiene jurisdicción, no tiene la facultad de administrar justicia, de dictar sentencias, que esa es un facultad exclusiva de los jueces.
Exterioriza, que en la última parte de la intervención del doctor Realpe, indica que existe indebida aplicación del artículo 31 del Código Penal, para justificar esta causal, el recurrente debe justificar cuál era la disposición legal que debió aplicarse, "eso no escuchamos, lo que ha hecho es un alegato."
Señala, que se ha manifestado a que la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, la Fiscalía que representa a la sociedad ecuatoriana considera que

reúne los requisitos mínimos de motivación la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Ambato, porque cumple con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Considera, que el impugnante no ha justificado de forma técnica como lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación interpuesto, además, precisa que no existe violación de la ley en la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Penal de Tungurahua, por lo que solicita que se deseche el recurso de casación, y se disponga se devuelva el proceso al Tribunal de origen, a fin de que se cumpla con el fallo emitido por la Sala de Apelación.

4.3. CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA ACUSADORA PARTICULAR SEÑORA FANNY LILIANA ALCÍVAR CEVALLOS, representada por la defensora pública, doctora María Eugenia Lagos López, quien expresa:

Indica, la doctora Lagos López, que la sentencia emitida por la Corte Provincial de Tungurahua, reúne todos los requisitos de motivación, comprensión, lógica y razonabilidad, que no existe errónea interpretación de ninguno de los artículos mencionados por los recurrentes, ni de ley alguna.

Manifiesta, que dentro del proceso doloroso que ha vivido la madre de la fallecida, se ha hecho justicia, se ha juzgado conforme el artículo 450 del Código 'Penal, se han comprobado las agravantes que llevaron a motivar tanto al Tribunal Penal de Tungurahua como a la Corte Provincial y concluir que el procesado es el responsable del asesinato e imponer la pena correspondiente, por lo que solicita se deseche el recurso interpuesto por el recurrente y se confirme la sentencia en todas sus partes.

4.4. Contrarréplica por parte del recurrente Villacrés Gavilánez Emerson Alejandro.

Manifiesta, que Fiscalía afirma que no existe el inciso segundo del artículo 323 de la Constitución, que en la Constitución dice, que se prohíbe toda forma de confiscación. Que existe errónea interpretación del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

Que no se está refiriendo a la prueba, que está determinando exactamente qué artículos de la ley y la Constitución han sido vulnerados, por errónea interpretación los artículos: 143, 65, 77.14 de la Constitución; y, por indebida aplicación el artículo 31 del Código Penal, que en la parte resolutiva de la sentencia los jueces pueden apreciar que los jueces se extralimitaron en sus funciones al reformar la sentencia de oficio, sin haber sido recurrida por parte de la acusadora particular.

Solicita en esa virtud, que los jueces del Tribunal de Casación, conocedores del derecho y garantistas de los derechos de los procesados, case la sentencia y se imponga una pena menor a la impuesta, ya que la pena viola el artículo 31 del Código Penal e infringe los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República.

QUINTO.- ASPECTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS

El recurso de casación, tiene el carácter de extraordinario y se limita únicamente al examen de la sentencia atacada, para determinar los errores de derecho, que no pueden ser otros que los previstos en las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea posible realizar una nueva valoración de la prueba, conforme se encuentra consignado en el segundo inciso de la norma adjetiva antes referida.

En este contexto la norma legal invocada establece que "será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, a).- "Ya por contravención expresa de su texto" entendiéndose, cuando de las normas que se aplicó al caso en conflicto resulten efectos contrarios a su hipótesis; esto es "que el juez incurre en error en aplicar la norma que regula un caso concreto" (Orlando, A. Rodríguez, "*Casación y Revisión Penal*", Bogotá- Colombia, Editorial Temis S.A, 2008, p 234); b). *"Por indebida aplicación*", si la norma invocada en la decisión se integra con presupuestos no relacionados al caso que se juzga y consecuentemente se ha dejado de aplicar la norma que jurídicamente correspondía, es decir 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; aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente. Es en otras palabras cuando 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. En el caso de condenar por un delito agravado, cuando en realidad la condena debe ser por un tipo penal simple; o, al contrario... (ibid, 239);

c).- "*Por errónea interpretación*", de lo que se desprende que si la norma que utilizó el juzgador no es aplicable al tema de conflicto:

> 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. (lbid,240).

Lino Enrique Palacio, con mucho acierto señala que:

> La vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas están prefijados o predeterminados de antemano y corresponde, por lo tanto, a la apreciación del Tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho Tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra. (Lino Enrique Palacio, *Los Recursos en el Proceso Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires-Argentina, 2001,115)

La Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas ocasiones respecto a la importancia de este recurso, así en la Sentencia Nº 003-09-SEP-CC sostuvo:

> La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia, y habitualmente al de mayor jerarquía, como en nuestro país: la anterior Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia."(Sentencia No. O03-09-SEP-CC de 14 de mayo de 2009., dictada dentro del caso No. 0064-08-EP.)

Por otra parte, previo a examinar la sentencia recurrida tenemos que referirnos al debido proceso, como un derecho que tienen los sujetos procesales y que los administradores de justicia tenemos la obligación de respetar haciendo materialmente realizables las garantías para un proceso justo.

La ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en varias de sus sentencias definió lo que constituye el debido proceso, la seguridad jurídica y la motivación en un Estado constitucional de derechos y justicia:

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

ii) (...) En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) (...) Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc. (Sentencia 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, 01 de junio del 2009.)

iii) La seguridad jurídica es:

"(...) la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros y libre de ciudadanos (...)." (Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009).

iv) Para que una resolución sea motivada: "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión (...)" (Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero del 2011.)

SEXTO. SOBRE LAS ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES.-

6.1. Para el efecto, este Tribunal considera pertinente el análisis de la acusación a la sentencia por falta de motivación, porque una sentencia carente de este requisito, tiene como consecuencia la declaratoria de nulidad de la misma.

6.1.1.- Falta de motivación. El Art. 76.7.I) de la Constitución de la República el Ecuador, preceptúa:

"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."

La Corte Constitucional, con relación a la obligación de motivar las resoluciones del poder público, ha dispuesto:

"La motivación constituye la enunciación de la normativa legal y la explicación de la pertinencia de su aplicación en el caso concreto, todo Jo cual conllevará a justificar la decisión de la autoridad competente, siendo un deber sustancial del juzgador motivar adecuadamente sus resoluciones, fallos o actos administrativos.[...] Esta Corte, en reiteradas decisiones, ha señalado que el derecho a la motivación se cumple con la presencia de tres elementos, que son: a) Razonabilidad que comprende la enunciación de normas o principios jurídicos en los que se funda la decisión de los jueces, en este caso el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, derogado por el Código Orgánico Integral Penal; b) Lógica, implica que exista coherencia entre las premisas y la conclusión; en el caso concreto constituye premisa mayor la enunciación normativa, esto es, el artículo 344 del derogado Código de Procedimiento Penal, y premisa menor consiste en el análisis que realizan los jueces, la aplicación al caso concreto relacionada con la normativa expuesta, [...] el último elemento de la motivación es c) La comprensibilidad, esto es, que se encuentre en un lenguaje claro, que sea de fácil entendimiento."[1]

Mientras que la Corte Constitucional para el período de Transición, en una de sus resoluciones, ha expresado:

"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 disposición deber hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan 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 ésta 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."[2]

El tratadista Orlando A. Rodríguez Chocontá, respecto de la motivación expresa:

"La motivación, requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, constituye también el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico. Es e! conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el organismo judicial apoya su decisión. Es la ratio decidendi que debe estar fundada, y los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución, expuestos"[3]

Respecto a la motivación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo "*han señalado que la motivación de las resoluciones judiciales en general y de las sentencias en particular forma parte del bloque del debido proceso y que en esa medida, obliga al juzgador a expresar en sus sentencias aquellas razones en las que se basa su resolución.*"[4]

6.1.2. Este Tribunal considera contrario a lo impugnado por el recurrente, que la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de Tungurahua, cumple con los parámetros que esta Corte como el máximo órgano de la justicia ordinaria ha establecido para que una sentencia sea motivada, al igual que lo ha expresado en su momento la Corte Constitucional, en cuanto a la obligatoriedad que tienen los jueces de emitir una sentencia motivada, considerada asi cuando esta es lógica, razonable y comprensible, en la que se analicen los hechos, a la luz de la sana crítica, en la que se enlacen los hechos y éstos sean subsumidos en el tipo penal que corresponde, determinándose en este caso que efectivamente los hechos suscitados corresponden, encajan en el tipo penal de homicidio agravado (asesinato), contemplado en el artículo 450.1.4 y 5 del Código Penal, y la agravante prevista en el artículo 31 ibídem.

Además se constata que ha cumplido con el control de convencionalidad a la que está llamado todo órgano de administración de justicia del país,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[1] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 037-15-SEP-CC, caso No. 0387-13-EP
[2] Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 227-12-SEP-cc caso No. 1212-11-EP
[3] Orlando Rodríguez Choconta, Casación y Revisión Penal, (Bogotá: Editorial Temis, S.A. 2008,322
[4] Jorge, Blum Carcelén, En: Ratio Decidendi, Obiter Dicta en las Sentencias Penales (Ecuador: Corte Nacional de Justicia, 2014,15)

en razón a los innúmeros instrumentos internacionales que ha suscrito y ratificado Ecuador, entre ellos los de derechos humanos, citando para el efecto la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; y los específicos con respecto al derecho a una vida sin violencia y el derecho a la igualdad y no discriminación que se encuentran garantizados en la Convención Belem do Pará y la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, (CEDAW), respectivamente; la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

6.1.3. Errónea interpretación de los artículos 323, inciso segundo; 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

La errónea interpretación dice Rodríguez Choconta 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 o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido[...] No es que el juez no haya seleccionado correctamente la norma ; no es que ésta no sea la aplicable al caso, sino que seleccionada correctamente y es aplicable, la interpreta erróneamente, en una clara felonía a su teleología.[5]

Del análisis de la resolución impugnada, se observa que el ataque a la resolución por errónea interpretación del artículo 77.14 de la Constitución de la República que preceptúa; "14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.", no tiene asidero, esta norma constitucional, no ha sido siquiera mencionada en la sentencia recurrida, por tanto su objeción debía encausarla por otra causal, y no ésta, en la que la doctrina dice que Se produce cuando una norma ha sido correctamente aplicada, pero que el juzgador yerra al interpretarla que no es el caso; es más la sentencia ha sido confirmada en todas sus partes, y de oficio lo que ha hecho la Sala de apelación, es ordenar el comiso especial del vehículo: "[...] por cuanto de la prueba actuada se concluye que si bien no es el objeto de la infracción, sin embargo , el mismo ha servido para cometerla, conforme lo señala el Art. 65 del Código Penal; confirmándose en lo demás la sentencia subida en grado." (sic)

Por esta misma causal y referente al comiso especial del vehículo, atribuye a la sentencia de la infracción del artículo 323 "inciso segundo" de la Constitución. De lo que se infiere que el procesado, asiente que el juez acertó en la elección de la norma, pero que la interpretó erróneamente.

De otra parte, el artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra preceptuado en el Capítulo Sexto (Trabajo y Producción), Sección Segunda (Tipos de Propiedad), que preceptúa:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de los bienes, previa Justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

Norma constitucional que tiene que ver con la expropiación de los bienes, por parte de las instituciones, con el fin de declararlas de utilidad pública o interés social y nacional con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo; y, declarar la expropiación de los bienes, previa justa valoración, indemnización [...] Se prohíbe toda forma de confiscación"; de lo que se infiere, que el artículo citado por la defensa técnica del procesado, para contradecir a la sentencia, es desacertado, en razón a que el comiso del vehículo que ordena la Sala de Apelación, se lo declara conforme al artículo 65 del Código Penal que prevé en el Capítulo de las Penas, el Comiso Especial, pero de forma alguna fundamentado en el artículo 323 de la Constitución, por la naturaleza del mismo.

En lo atinente al artículo 143 del Código de Procedimiento Penal , la defensa técnica expresa."[...] los jueces de la Sala de la Corte de Apelación infringen e l artículo 143, por errónea interpretación, cuando dan por hecho que el acusado ha admitido su participación en el ilícito, cuando esto no es así, los juzgadores han dado por hecho que su cliente ha admitido la culpa."

[5] Orlando Rodríguez. 240

El ataque a la sentencia por errónea interpretación, debe ceñirse a los parámetros de esta causal, esto es, que la norma siendo correctamente seleccionada por el juzgador, sin embargo, su interpretación es errónea. Rodríguez Choconta , en su obra indica que esta causal se perfecciona: "[...] no porque el juez no haya seleccionado correctamente la norma; no es que ésta no sea aplicable al caso, sino que seleccionada correctamente y es aplicable, la interpreta erróneamente en una clara felonía a su teleología [...]».

Al encausar su impugnación el recurrente por esta causal, asume su apropiada aplicación, pero errónea la interpretación dada por los juzgadores; esto es acepta que el testimonio de su defendido al haberse probado la existencia del delito su admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, da al testimonio del acusado el valor de prueba contra él (énfasis fuera del texto), cuando abiertamente impugna su participación en el asesinato de María Elizabeth Cedeño Alcívar, tipificado y sancionado en el artículo 450. 1.4 y 5 del Código Penal; constituyendo su argumento contradictorio, en cuya virtud, este Tribunal de Casación, lo rechaza.

6.1.4. El casacionista, a través de su defensa técnica señala: «*Los Jueces de la Corte Provincial están haciendo una aplicación indebida del artículo 31 Código Penal, sin tener ningún elemento jurídico, ni prueba de la que se desprenda que existía una relación de convivencia, informa que dentro del proceso el sindicado aportó una gran cantidad de prueba con la que demostró que no hab*ía *tal convivencia.*"

La indebida aplicación, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona como lo dice el tratadista Rodríguez Choconta cuando:

> El juez al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es 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; aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente. [...] el sentenciador realiza una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos 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."[6]

Citado por el tratadista antes nombrado, Álvaro Pérez Vives, al referirse a la indebida aplicación dice:

No se trata que una ley suficientemente explícita deje de ser aplicada al caso pertinente; tampoco de que una ley obscura fue interpretada en el sentido menos conforme a su verdadero espíritu, sino que lisa y llanamente que un texto, cuyo contenido nadie discute, ha sido aplicado a un caso que le es manifiestamente extraño o se le ha hecho producir efectos no contemplados en la norma[7]

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 sustancial que la regula fue inaplicada, que es cuando se perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

El recurrente, expuso la norma que consideró fue indebidamente aplicada, mas, no señaló cuál era la norma que debía haber sido aplicada, incumpliendo por tanto con la proposición jurídica completa.

Por otro lado, porque la Sala de instancia, en su resolución, en base del acervo probatorio, constituido fundamentalmente a la prueba testimonial ha llegado al total convencimiento de una relación de convivencia entre la víctima y su victimario, fruto de la cual procrearon una hija, por lo que no ha lugar a la alegación de indebida aplicación del artículo 31 del Código Penal; porque fue precisamente en razón de esta relación de poder y subordinación, lo que produjo constantes maltratos, violencia física y psicológica y finalmente su muerte.

6.2. La Constitución reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad forma l, la libertad entre otros derechos, establecidos en los artículos 66, numerales 1, 3, 4; y 29 a. b. c. d ., en que se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedida, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándoles el

[6] Orlando A. Rodríguez, 239
[7] Ibid., 239.

derecho al debido proceso, reglas señaladas en el artículo 76, en que las partes en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema.

El Art. 450, del Código Penal, vigente a la época del hecho materia de análisis dice: ''Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes", refiriéndose a diez en total, de tal forma que si cualquiera de ellas está presente, el tipo penal es de asesinato, que es uno de los elementos que configura la acción típica, antijurídica y culpable.

En este caso, con solo una de ellas , se configuraba el asesinato , esto es con la alevosía, pasando las dos restantes "ensañamiento" y haber "imposibilitado a la víctima para defenderse" a ser circunstancias agravantes no constitutivas, como acertadamente lo señala el doctor Jorge Zavala Baquerizo , cuando expresa:

> [...] La calidad de elemento de la calificante es singular, pues basta que una de ellas se impregne en el homicidio para que éste se convierta en asesinato, con exclusión de cualquiera de las otras circunstancias previstas en el art. 450 que se hubieren presentado, las cuales en este caso, pierden su calidad de circunstancias constitutivas y pasan a ser las comunes circunstancias agravantes "no constitutivas" de infracción [...] En efecto si bien es cierto que el predicho art. 450, como se ha dicho, comprende veinte hipótesis de asesinato, no se puede pasar por alto la afirmación contemplada en el primer inciso, esto es, el que dice que si se comete el delito "con alguna de las circunstancias", allí enunciadas, surge el asesinato, lo que significa decir, en buen romance, que basta una sola de dichas circunstancias para que se estructure el delito de asesinato; y cuando éste se comete con "algunas" de esas circunstancias, una de ellas opera como constitutiva y las demás, como agravantes, si están expresamente consideradas como tales en el art.30"[8]

Francisco Muñoz Conde al hablar del tipo y la antijuridicidad manifiesta:

La antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico [...] sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad, solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal.[9]

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, determina que el tipo penal es el de asesinato, por las circunstancias constitutivas 1. Alevosía ; 4.con ensañamiento y 5. Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; que son objetivas, y que en este caso, convierten la muerte, no en un homicidio simple, sino en el de asesinato de la víctima María Elizabeth Cedeño Alcívar.

Muñoz Conde, cuando se refiere al tipo penal de asesinato expone:

> [...] pero el asesinato tipificado en el Art. 139, aunque podría considerarse una mera derivación cualificada de homicidio, ofrece tales peculiaridades, tanto en su tipicidad, como en la pena que se le asigna [...] que, en el plano técnico-jurídico, debe considerarse un delito autónomo e independiente del tipo básico. [...] De modo general se puede decir que los tipos cualificados o privilegiados solo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican los elementos fundamentales. El tipo autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc.

El maestro ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo dice:

El asesinato es uno de los delitos que más conmueve la conciencia social, no solo por el hecho de tener como objeto material a la persona, sino porque para cometer el homicidio se hace uso de ciertos medios, o el agente actúa por especiales motivos o fines que demuestran un gran desprecio por la vida humana. De allí es que, desde épocas muy remotas se ha previsto esta conducta como merecedora de graves y crueles penas.[10]

El origen etimológico de alevosía, dice Zavala Baquerizo, citando a César Camargo Hernández:

> [...] tiene su origen en la gótica "levian", que significa obrar a traición, o en la sajona "laeva", equivalente a traidor, de lo que se infiere que, desde el punto de vista etimológico, la alevosía es sinónimo de traición, lo que, en efecto, así fue considerado hasta que con el desarrollo de los tiempos. fue adquiriendo su independencia [...] Carrara también

[8] Jorge Zavala Baquerizo, Delitos contra las personas, (Guayaquil: Edino, Tomo II, 1997, p25-26)
[9] Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, (Colombia: Editorial Temis, Bogotá,40)
[10] Jorge Zavala Baquerizo,p.17-44).

identifica la alevosía con la traición [...] Nosotros nos pronunciamos por la posición intermedia, esto es, pensamos que siendo la alevosía, como lo es, el aprovechamiento que el agente hace de la indefensión en que se encuentra la víctima, su naturaleza radica sobre dos beses: la subjetiva, porque el agente debe tener conciencia de que el paciente se encuentra indefenso, aunque no hubiera sido él el que hubiera provocado tal indefensión; y, además debe existir objetivamente el estado de indefensión[11]

Mientras que para diferenciar entre alevosía e insidia dice:

El no crea la situación desventajosa de la víctima, como en la insidia: él utiliza la situación que le brindan las especiales circunstancias del momento. Por eso la alevosía puede concurrir sin dolo premeditado. Lo fundamental del acontecimiento alevoso es que el agresor se dé cuenta de la que víctima esté desprevenida y en incapacidad de rechazar el mal que la amenaza, y sin embargo, la mata en esas condiciones.

El diccionario de la Lengua Española define a la alevosía como: "Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente." Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal y la segunda acepción, traición y perfidia.

En el Código no existe definición de este término, Cerezo Mir, catedrático de la Universidad de Zaragoza, mencionado por Manuel Arias Eibe en artículo de su autoría, indica:

Para la apreciación de la alevosía no es necesario que el agente haya buscado y elegido de propósito ex ante los medios modos o formas de ejecución tendentes a asegurarla con la eliminación del riesgo de reacción ele la víctima, sino que basta con que el sujeto meramente aproveche tales medios, modos o formas de ejecución, que sin haberlos buscado, se le presente, y los emplee o utilice encaminados al aseguramiento del hecho sin peligro para su persona.[12]

En el Diccionario de Derecho Penal y Criminología de Goldstein se dice:

Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas sin riesgos para el autor [...] en si una figura o tipo de delito, sino una circunstancia de él, cuyo efecto es calificarlo o agravarlo aumentando su cantidad política por la mayor imposibilidad de defensa que el modo de comisión alevoso implica. La alevosía aumenta la pena, no por una razón que solo ataña a la cantidad de aquélla, sino porque agrava la infracción en sí misma considerada: se castiga más porque se imputa mayor criminalidad.[13]

Circunstancia 4. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. A criterio del tratadista ecuatoriano, doctor Jorge Zavala Baquerizo "Es pues, la condición ejecutiva de matar vaya acompañada de un "aumento" de dolor, deliberadamente propuesto, en forma tal que la conducta activa salga de lo límites normales que el golpe letal debe normalmente causar. El "aumento" de sufrimiento equivale a que ese "plus" era innecesario en el caso concreto."[14] Especial del ensañamiento, de lege data"

Haciendo referencia a otro tratadista, El doctor Zavala Baquerizo, expresa:

"Para Ricardo Nuñez, "el ensañamiento "es un modo cruel de matar". En esta corta frase no está significando la naturaleza del ensañamiento. El agente debe tener el propósito de matar cruelmente; debe existir esa finalidad, esa voluntad, el agente debe matar con ensañamiento, esto es, con la conciencia de "causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse"[15]

5. Cuando se haya imposibilitado a la víctima para defenderse. Es cuando el victimario pone al ofendido (víctima) en el trance de no poder defenderse. Jorge Zavala Baquerizo dice: "[...] el elemento que estudiamos exige una actividad del agente como cuestión previa a matar, esto es, exige que el ofensor para matar sin riesgo alguno a la víctima, ponga a esta en tal situación que la defensa por parte de ella se reduzca a lo mínimo."[16]

Éstas, son las circunstancias con las que, el Tribunal de la Sala de lo Penal de Apelación de Tungurahua, considera se ha configurado el delito de asesinato de la joven madre María Elizabeth Cedeño Alcívar; hecho delictivo que se suscitó fruto de las relaciones de poder, existentes entre el victimario Emérito Alejandro Villácres Gavilánez y la víctima María

[11] Ibíd.,39-42
[12] Manuel José Arias Eibe, *Las circunstancias agravantes de la Alevosía* (Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología) ISSN 1695-0194, fecha de consulta 23 de septiembre de 2016.
[13] Raúl Goldstein, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología, (Argentina: Editorial Astrea,1998)57-58*
[14] Jorge Zavala Baquerizo, p.92-93
[15] Ibíd., 98
[16] 104.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Elizabeth Cedeño Alcívar, quienes habían convivido durante algún tiempo, fruto de cuya relación tuvieron una hija en común.

Conclusión a la que ha llegado este Tribunal de Casación, al examinar la sentencia recurrida de la que se desprende que la víctima de este hecho, recibió maltratos, físicos y psicológicos constantes; de ahí que la resolución a la que llega la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, en base a los hechos que fueron puestos para su conocimiento, en el que se evidencia un continnum de violencia, entendido éste como ciclos de intimidación, que para Leonor Walker, psicóloga estadounidense, tiene tres etapas: "[...] la primera denominada aumento de la tensión, la segunda denominada incidente agudo de agresión y la última denominada arrepentimiento y comportamiento cariñoso. Estas etapas se repiten una y otra vez, disminuyendo el tiempo entre una y otra."

Y que tiene como fin asegurar el dominio de la víctima, manifestándose en violencia física y psicológica, clara manifestación de violencia de género, y que conforme el control de convencionalidad, hizo bien la Sala de Apelación, en valerse de estos instrumentos, para definir y evidenciar, estos actos que terminaron con la vida de María Elizabeth Cedeño.

La Corte lnteramericana de Derechos Humanos, al respecto del control de convencionalidad expresa:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las nomas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y de los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias o a la CADH o bien a su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública." (cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte lnteramericana de Derechos Humanos No.7, Control de Convencionalidad, p.3) www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf

De tal forma que todo Tratado, Jurisprudencia de la CIDH, así como los Tratados internacionales e interamericanos, deben ser tomados en cuenta, y así lo hizo la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, como también se fundó en la Constitución como norma suprema base, que prohíbe la violencia en general y en particular la violencia contra las mujeres.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de octubre de 1979 y suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980 y aprobada por e l Congreso, R.O. No. 108 , de 27 de 1981 , en el Preámbulo indica:

> [...] la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derecho del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar en la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

En el artículo 1, la CEDAW, expresa lo que debe entenderse como discriminación contra la mujer, preceptuando:

A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de estado civil, sobre la base del a 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. (Derechos de la Mujeres, Principales instrumentos, UNIFEM, Quito, 2006)

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define la violencia contra la mujer, en el artículo 1

> Para los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada.

En e l Art. 2, s e puntualizan los actos que constituyen violencia así dice:

a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de la niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otra prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados

por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada :

c) La violencia física, sexual, sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra.

Mientras que en e l Art. 4.c. Conmina por la obligación convencional que tienen al haber suscrito estos instrumentos, a condenar cualquier manifestación de violencia que se ejerza contra las mujeres, la aplicación de todos lo medios apropiados y sin demora de una política encaminada a eliminar la violencia, para cuyo fin deberán:

> 4.c Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Belem Do Pará", en su preámbulo señala:

> ''*Afirmando* que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la Mujer e! reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades [...] Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres ..."

En el Art. 1 de la Convención precisa lo que debe concebirse como violencia contra la mujer, señalando:

> "[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."; en el Art. 2 se indica que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, detallando en los literales a, b y c., los ámbitos en que esta puede producirse, precisando en el a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica <u>o en cualquier relación interpersonal, ya sea que e l agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer</u>, y que comprenda entre otros, violación, maltrato y abuso sexual" (lo resaltado no corresponde al texto). El Art. 4 dice que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos, comprendidos dentro de estos en el a: el derecho a que se respete su vida, y en el b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Y como deberes de los Estados en el art 7.b. Se conmina a los Estados "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar medidas administrativas apropiadas que sean del caso."[17]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Parte I, Capítulo I en Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, en el Art. 1.1., determina:

> "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...] Art. 4. Derecho a la Vida 1.Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

De lo transcrito en líneas precedentes, Ecuador tiene la obligación de aplicar esta normativa, además de incluir en su legislación normas y leyes acordes con estos postulados, que tienen como fin erradicar la violencia contra las mujeres, en todas sus formas, a fin de que su vida se encuentre libre de ella, de tal manera que le permita desarrollarse en armonía, seguridad, igualdad, con las mismas oportunidades que los hombres, libre de discriminación. Tratados Internacionales, que de acuerdo a lo prescrito en los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, son de directa e inmediata aplicación, no pudiendo alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación, más cuando, la Constitución de la República, tiene como eje transversal la garantía de los derechos, y en el tema de la violencia contra las mujeres, ha partido del principio de igualdad, como base para romper con los estereotipos, ha hecho énfasis en condenar cualquier forma de violencia que se ejerza con las niñas y mujeres por su género, así, en el Art. 35 estipula:

[17] (UNIFEM *Derechos de las Mujeres, Principales Instrumentos Internacionales,* Quito, 2006, 142 a 144)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

El Art. 66.3.b) prescribe:

"Se reconoce y garantizará a las personas; 3.EI derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual."

Los Arts. 78 y 81 de la Constitución son específicos y son los que deben servir de pauta a los administradores de justicia, respecto al tema de violencia de género. Así, en el 78, se dice:

78. Las victimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de· cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, de no repetición y satisfacción del derecho violado [...].

81. La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad. adultas mayores y personas que por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerde con la Ley.

La Ley 103 contra la Violencia a la mujer y a la familia, promulgada en el año 1995, R.O. 839, de 11 de diciembre de 1995, última reforma de 10 febrero de 2014, en sus Arts. 2 y 3 disponen lo que se considera violencia intrafamiliar en el Art 2 y en el 3, quienes son considerados miembros del núcleo familiar, ampliando el ámbito lo que permite la sanción a personas que hayan mantenido alguna relación afectiva, con la persona ofendida.

"2. Se considera violencia intrafamiliar toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o de más integrantes del núcleo familiar [...]3. Se consideran miembros el núcleo familiar el cónyuge, a la 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 mantengan, o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o cohabiten."

La ex Jueza de la Corte Nacional de Justicia, Lucy Blacio Pereira , respecto tema dice:

"la violencia física ''Esta forma de agresión se materializa en acciones que causan daño físico a la persona que la recibe, y puede llegar hasta el asesinato de la víctima [...] violencia psicológica. Esta forma de violencia se materializa en agresiones que tienen como propósito denigrar, controlar y bloquear la autonomía de la víctima. Esta incluye el aislamiento de la víctima de familiares y amigos; celos excesivos; burla; discriminación; desvalorización o crítica permanente [...] amenaza de muerte, abandono, control económico, hostigamiento y acoso; actos violentos contra terceras personas, animales u objetos con el propósito de intimidar [...]"[18]

Un caso que es paradigmático en cuanto a la violencia de género y que forma parte de la jurisprudencia de la Comisión lnteramericana de Derecho Humanos ClDH, es el de María da Penha Maia, quien quedará parapléjica, después de una serie de actos lesivos a su integridad, por parte de su cónyuge, y que no tuviera una respuesta oportuna por los organismos estatales, ni cuando se suscitaron estos acontecimientos, ni la CIDH, tuvo contestación del Estado, cuando fue requerido, lo que evidencia que la violencia de género por parte del Estado Brasileño, fue subestimada, no se le dio la importancia que tenía. La Comisión declaró respecto a este hecho:

[...] el Estado violó en perjuicio da Penha Maia Femandes los derechos y garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención American a de, en concordancia con la

[18] (Lucy Blacio Pereria, *La Violencia contra la mujer, una Realidad, en la Revista Ensayos Penales*, Edición No. 1, Febrero 2013,10)

obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1.1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará".[19]

Concluyó la Comisión, dando el alcance que merece este tipo de violencia ejercida contra las mujeres: Esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial. La Comisión recomienda al Estado que lleve a cabo una investigación sería, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de homicidio en perjuicio de la señor Fernades y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable; recomienda también la reparación efectiva y pronta de la víctima, asi como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a violencia doméstica contra mujeres.[20]

De expuesto y de la normativa que ha sido detallada precedentemente, queda claro que el Estado ecuatoriano al ser signatario de diversos Instrumentos Internacionales, sobre derechos- humanos y los específicos en materia de derechos y garantías para las mujeres, está obligado internacionalmente a aplicar estas reglas, tanto más que en la Constitución y en leyes secundarias se aborda y tipifica el tema de violencia de género, la que fue aplicada tal como correspondía en este caso de extrema crueldad.

Este Tribunal, por los hechos probados a los que se refiere la sentencia de apelación y expresiones vertidas en la audiencia de casación, se concluye que la muerte de María Elizabeth Cedeño Alcívar, se suscitó como producto de las relaciones de poder existentes, fruto de una sociedad patriarcal, en la que las mujeres son vistas y tratadas como posesión y pertenencia de sus parejas, es decir, no como personas, y sobre las cuales se ejerce violencia de toda índole, la que en muchas ocasiones como en este caso, tiene como corolario, la muerte y de la forma más infame, sin que se haya reparado por parte del hechor, que esa persona era la madre de una tierna niña, que además era su hija.

Julia Monárrez Fragoso respecto a estas muertes y citada en la obra escrita por Marcos Fernández y Jean Christophe Rampal, dice: "El asesinato misógino de mujeres por parte de los hombres. Un fenómeno social vinculado al sistema patriarcal en el que las mujeres quedan expuestas a ser muertas, sea porque son mujeres, sea porque no lo son como deberían serlo."[21]

Esta es una de las manifestaciones más evidente, y de absoluta crueldad, en la que se revela la discriminación contra las mujeres; y, si bien la violencia no había sido observada como una manifestación de discriminación, a partir del año 1992, en la Recomendación 19 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se insta a los gobiernos a que adopten medidas preventivas y de protección en materia de violencia contra las mujeres, ya que considera esta violencia como una forma más de discriminación.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) reconoce que la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz y asigna por primera vez responsabilidades a los Estados por los actos de violencia contra las mujeres. En el párrafo 118 de esta conferencia, se establece que el origen de esta violencia específica: "*es la manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres! que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre. la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo".* El subrayado es nuestro.

La junta de Galicia, Vicepresidencia y consejería de Presidencia y Administración Pública de Justicia, secretaría general de igualdades, al hacer referencia a la discriminación y la violencia de género expresa:

La discriminación de las mujeres y la violencia de género (como la manifestación más brutal de las desigualdades entre hombres y mujeres) es un problema que traspasa fronteras y que está presente en la mayor parte de los países del mundo con la

[19] Haydée Birgin, *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*,(Argentina: CEADEL, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Argentina) 196

[20] Ibíd.,197-198

[21] Marcos, Fernández y Jean Chrisophe Rampal, *La Ciudad de las Muertas, la Tragedia de Ciudad de Juárez*,(España: Debate,2008)45

particularidad de que las vivencias del maltrato son enormemente parecidas en todos los lugares y culturas [...][22]

De lo analizado, se establece que el accionar de Emerito Alejandro Villacrés Gavilánez, es el de asesinato, por habérselo cometido con alevosía, conforme lo establece el artículo 450.1 del Código Penal, pero además con las circunstancias genéricas previstas en los numerales 4 y 5 de la norma penal antes referida, que se refieren al ensañamiento y por haber imposibilitado a la víctima para defenderse, en concordancia con la agravante 31 ibídem, con las que se justifican la atrocidad y perversidad del acto, la alarma que este hecho produce en la sociedad y la peligrosidad de su autor, lo que conllevó a que la Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, le imponga la pena de veinte y cinco años de reclusión especial, en la sentencia emitida el 4 de septiembre de 2015, y al no existir error de derecho, en los términos consagrados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso planteado por el recurrente.

7. RESOLUCIÓN

Por todo lo expuesto, y en cumplimiento de las normas constitucionales y legales, así como de las de orden internacional anotadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, rechaza por improcedente el recurso planteado por Emerito Alejandro Villacrés Gavilánez, autor material e intelectual de la muerte de María Elizabeth Cedeño Alcívar, por el delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1.4 y 5 del Código Penal, en concordancia con el articulo 31 ibídem, confirmándose de esta forma la sentencia expedida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, debiendo cumplir la pena de 25 años de reclusión especial, que le ha sido impuesta por el Tribunal de instancia. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase al Tribunal de instancia para el cumplimiento de la pena. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; Dra. Zulema Pachama Nieto, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[22] (igualdade.xunta.es/es/contet/que-es-la-**violencia-de-gener**)

IX

Resolución nro. 2296-2016
Juicio nro. 1395-2015

Juicio penal por violación, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Juan Carlos Cuaritongo Valle

SÍNTESIS

Mediante denuncia realizada por la madre de la víctima E.J.Y.C. de trece años de edad, ante las autoridades policiales del cuartel Modelo, se llega a tener conocimiento de que la menor E.J.Y.C desapareció desde el día 23 de agosto del 2013, cuando salió a vender la lotería desde la mañana y no llegó hasta el día siguiente. Tuvo conocimiento de que era frecuentada por el señor Juan Carlos Cauritongo Valla de 20 años de edad, por lo que decidieron buscarla en casa del padre del señor Cauritongo, donde fue encontrada. El Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas, el 21 de abril del 2015; las 14h05 declara a Juan Carlos Cuaritongo Valla, responsable en el grado de autor del delito de violación, tipificado y en el artículo 512 numerales 1 y 3 y sancionado en el artículo 513 primera parte, ambos del Código Penal; imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. El acusado interpone recurso de nulidad y apelación. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resuelve negar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la sentencia dictada por el tribunal a quo. El procesado, inconforme con la sentencia interpone recurso de casación. El 5 de diciembre de 2016, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado, dejando en firme la sentencia venida en grado; se declara ha lugar la reparación integral.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1395-2015

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.
Quito, lunes 5 de diciembre del 2016, las 11h30.-
VISTOS: La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, "resuelve negar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la sentencia dictada por el tribunal a quo; y, declara a JUAN CARLOS CAURITONGO VALLE culpable en el grado de autor del delito de violación tipificado en el artículo 512 numerales 1 y 3 del Código Penal; y, reprimido en el artículo 513 ibídem., imponiéndole la pena de DIECISÉIS AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.[...]"
Aceptado a trámite el recurso de casación y habiéndose cumplido con la audiencia oral, reservada y contradictoria que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron: por parte del procesado recurrente Juan Carlos Cauritongo Valle, el doctor Patricio Estuardo Torres Amaguaya y en representación del señor Fiscal General del Estado la doctora Paulina Garcés; cumplido con el trámite previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo se considera:
PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341- 2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte

Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes remplazan en sus funciones a las y los salientes.
El 26 de enero de 201 5 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 1 7 de julio de 2013.
La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero del 2015, dio cumplimiento con lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución No 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal de casación, queda integrado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad al artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, doctora Gladys Terán Sierra y el doctor Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales, siendo competentes para conocer y resolver el recurso de casación planteado.
Por licencia concedida al doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional, actúa en su remplazo la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, conforme consta en el oficio No. 1057-SG-CNJ-MBZ, de fecha 01 de agosto de 2016, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL

Examinado el trámite de recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia oral, reservada y de contradictorio que señala el artículo 352 Ibídem, por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de lo actuado.

TERCERO.- ANTECEDENTES

Se llega a tener conocimiento del hecho materia del enjuicia miento por la denuncia realizada por la madre de la niña, en la que indica:

> Es el caso señor Fiscal que mi hija E.J.Y.C., de trece años de edad ha desaparecido desde el día de ayer 23 de agosto del 2013, ella salió a vender lotería desde la mañana y hasta la presente fecha no ha llegado a nuestra casa. Tenemos entendido que había un hombre de nombres Juan Carlos Cauritongo Valla de 20 años de edad quien la frecuentaba y fuimos a buscarla en la casa del padre de este sujeto quien a la vez salió grosero y nos insultó, por lo que solicito se sigan los trámites de ley pertinentes."

El Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas, el 21 de abril del 2015; las 14h05, mediante sentencia escrita:

> "[...] declara a JUAN CARLOS CAURITONGO VALLA, de nacionalidad ecuatoriana, de 21 años de edad, de estado civil soltero, domiciliado en Bastión Popular, Bloque 2, mz. 677, solar 23, de oficio empleado, de instrucción secundaria y de religión católico, RESPONSABLE en el grado de AUTOR del delito de VIOLACIÓN, tipificado y en el artículo 512, numerales 1 y 3; y sancionado en el artículo 513 primera parte, ambos del Código Penal; y le impone la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, [...] Sin atenuantes que considerar, pues no concurre ninguna de las determinadas en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 29 del Código Penal."

El acusado interpone recurso de nulidad y apelación, correspondiéndole el conocimiento a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la que emite sentencia escrita en la que se resuelve: "[...] negar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal A quo; y, declara a JUAN CARLOS CAURITONGO VALLE culpable en el grado de Autor del delito de Violación, tipificado en el Art. 512 numeral 1 y 3 del Código Penal y reprimido en el artículo 513 del mismo cuerpo legal, imponiéndole la pena de DIECISÉIS AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD."
El procesado, inconforme con la sentencia interpone recurso de casación.

CUARTO.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN EN LA AUDIENCIA ORAL, RESERVADA Y DE CONTRADICTORIO:

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DEL RECURRENTE

El doctor Patricio Torres, en representación del procesado Juan Carlos Cauritongo Valle, en síntesis manifestó:
Que su cliente es un indígena de la provincia de Chimborazo, parroquia Licto, perteneciente a la comunidad de Santa Rosa Tzetzeñag, que han sido

violados sus derechos, contemplados en la Constitución de la República del Ecuador (Art. 1) y en el Convenio 169 de la OIT, sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Informa, que han sido omitidas solemnidades procesales, entre estos, el artículo 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, "al haber violado el trámite previsto por la ley", violación que influye en la decisión de la causa. Así también los artículos 331 ibídem, en relación con el artículo 5 de este cuerpo legal.

Advierte, que su patrocinado ha sido juzgado por las autoridades de la comunidad, ya que se demostró dentro de la instrucción fiscal que pertenecía a la comunidad indígena, Santa Rosa, provincia de Chimborazo.

Indica, que se ha hecho la petición que sea juzgado de acuerdo con las costumbres y tradiciones indígenas, en relación con el delito de violación.

Exterioriza, que existe una resolución de la Asamblea de Comuneros de Santa Rosa Tzetzeñag, para determinar el castigo de acuerdo con sus costumbres y tradiciones; que ha sido presentado a la jueza de primera instancia, en razón de que ella no era competente para sustanciar estos delitos, conforme lo determina el artículo 344.c. del Código Orgánico de la Función Judicial. (non bis ídem).

Alega, que el Tribunal de Alzada, tampoco consideró esa resolución de las autoridades indígenas, que se ha violado un derecho constitucional previsto en el artículo 344.c del Código Orgánico de la Función; que se ha infringido lo resuelto por las autoridades indígenas.

CONTRADICCIÓN FISCAL

La doctora Paulina Garcés Cevallos, representante del señor Fiscal General del Estado expresa:

Existe un error conceptual al considerar que la jurisdicción indígena puede atravesar las jurisdicciones del país, al respecto existe una clara definición en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial al que hizo relación, que refiere que las autoridades de comunidades indígenas, pueblos y nacionalidades, ejercerán funciones jurisdiccionales, cuando existe el ejercicio de una función jurisdiccional efectivamente hay un ámbito de competencia. (Sic)

El señor Cuaritongo es un indígena, de un sector de Chimborazo, pero él vivía en Guayaquil y los hechos se suscitaron en esa ciudad, así que no tiene que ver con la jurisdicción indígena este delito.

El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que las autoridades de la jurisdicción indígena aplican normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, solo delitos internos, no para este tipo de delitos, y que no se puede alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres, lo cual enerva todo lo aquí manifestado.

Exterioriza, que el abogado defensor "ha leído la norma de acuerdo a lo que considera, le puede convenir, ha hecho relación a los artículos 330 y 331 del Código Procesal Penal aplicable a este caso, sin considerar que esas normas pertenecen al recurso de nulidad y ahora estamos tratando un recurso de casación, no son compatibles, son absolutamente diferentes, por lo tanto, las argumentaciones que se han realizado tienen relación con el recurso de nulidad y no de casación.

Manifiesta, que la objeción que dice el recurrente "se ha hecho a la señorita Jueza de primera instancia", al considerar que no era competente para conocer el delito por el que está siendo juzgado; el trámite, de acuerdo a las propias decisiones de la Corte Constitucional y la Organización Internacional del Trabajo, establece que el jefe de la comunidad es el que pide la competencia, no un abogado, "realmente existen errores conceptuales sobre lo que es la justicia indígena, y cuál es el campo de actuación.

Dice, es necesario establecer cuál es el marco bajo el cual se desarrolla la justicia indígena, y en este caso no es aplicable bajo ningún punto de vista.

Solicita, que al no existir una adecuada fundamentación, conforme lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se deseche el recurso de casación, norma que exige que en vía casacional, primero fije cuál es la violación de la ley, a través de las tres causales previstas en esta norma, es decir cómo, o de qué forma se la vulneró, que esto debía haberse objetado, que al no darse cumplimiento a esta exigencia mínima, no existe fundamentación respecto de estos temas y que por tanto no concurre tampoco ningún error de derecho que permita la casación de oficio.

QUINTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El recurso de casación, es eminentemente técnico y extraordinario, debiendo el casacionista en su fundamentación señalar el error de derecho que contiene la sentencia atacada, que es la emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

del Guayas, correspondiendo indicar cómo se ha producido la violación a la ley y de qué forma ésta ha influido en la decisión de la causa; para lo cual debe centrar su exposición en señalar alguna de las causales que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación; y al señalar únicamente la violación a la ley, sin especificar en qué modalidad se produjo, lo vuelve inviable en casación, toda vez que, al ser un recurso eminentemente formal y riguroso requiere del tecnicismo, y la especificidad que le son propios.

Sobre lo que constituye el recurso de casación, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, así e n la Sentencia No 003-09-SEP-CC, en el caso 0064-08-Sep., sostuvo:

> La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia, y habitualmente al de mayor jerarquía, como en nuestro país: la anterior Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia. (Sentencia N" 003·09-SEP-CC de 14 de mayo del 2009, dictada dentro del Caso N" 0064-08-SEP.)

El profesor Claus Roxin, sobre el recurso de casación señala que: "es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal" (Claus Roxin, Derecho Procesal Penal. (Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000) p.466.

El Código Penal en el artículo 512 define el tipo penal de violación como: *"Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; 3. Cuando se usare violencia, amenaza o intimidación".*

El artículo 513 del Código Penal establece: "El delito de violación será reprimido con reclusión mayor de dieciséis a veinticinco años, en el caso primero del artículo anterior; y con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los casos segundo y tercero del mismo artículo".

En relación a ello, la Constitución de la República, de forma mandatoria prescribe en el Art. 35, que las personas víctimas de violencia sexual, entre otras, deberán ser protegidas de manera especial por el Estado.

El Art. 66.3.b) ibídem dispone:

"Se reconoce y garantizará a las personas; 3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a. La integridad física, psíquica, moral y sexual.
b. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual."

Los Arts. 78 y 81 de la Constitución son específicos y sirven de pauta a los administradores de justicia, respecto al tema de violencia de género.

78. Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado [...].

81. La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la Ley.

El delito de violación es una de las formas más ignominiosas de violencia contra la mujer, el hecho punible que se analiza se produjo contra una niña de trece años, atentándose así contra el bien jurídico protegido que es su indemnidad sexual, tomando en consideración que por la edad de la víctima (13 años), en ella no se encuentran aún desarrollados ciertos rasgos de su personalidad, ni

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

la madurez suficiente para optar o decidir sobre su sexualidad.

En los delitos de violencia sexual, el bien jurídico protegido de manera general es la libertad sexual de las personas, pero el maestro Francisco Muñoz Conde pondera:

(...) más cuando la víctima es una niña, niño o adolescente, se debe mirar que también se ve vulnerado su desarrollo integral[1] Su personalidad, su integridad sexual y su proyecto de vida. En este tipo de delitos, nuestra legislación es más severa cuando la víctima es menor de 14 años. Un niño, niña o adolescente es indemne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual."[2], (subrayado nos pertenece.)

El tratadista antes mencionado, enfatiza en otra de sus obras:

[...] Una problemática especial presentan estos delitos cuando recaen sobre menores o deficientes mentales. Mantener que en estos casos es la "libertad sexual" el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, sin tener para nada en cuenta la realidad. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (p.ej., menor de doce años, oligonofrénico profundo, etc.) es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. (Francisco Muñoz Conde, Berdugo Gómez de la Torre y M. García Arán, "La reforma Penal de 1989", p.271 https://dispace:usc.esbitstream/10347/4214/1pg.268-297,30 de agosto de 2016.)

El profesor, destaca también:

Una problemática especial presentan estos delitos cuando recaen sobre menores o deficientes mentales. Mantener que, en estos casos es la "libertad sexual" el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, sin tener para nada en cuenta la realidad. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (p.ej., menor de doce años, oligonofrénico profundo, etc.) es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual." (Francisco Muñoz Conde, Berdugo Gómez de la Torre y M. García Arán, "La reforma Penal de 1989", p.271 https://dispace:usc.esbitstream/10347/4214/lpg.268-297, 30 de agosto de 2016)

En ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el artículo 19:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

En la observación General N° 3, el Comité de los Derechos del Niño recomendó y solicitó a los Estados:

[...] ...Los actos de violencia, induidas la violación y otros abusos sexuales, pueden producirse en el seno de la familia natural o adoptiva o ser perpetrados por personas que desempeñan funciones específicas con niños, en particular maestros y empleados de instituciones que trabajan con niños, tales como las prisiones y los establecimientos que se ocupan de las enfermedades mentales y otras discapacidades. En virtud de los derechos del niño que se consagran en el artículo 1 9 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de proteger a los niños de toda forma de violencia y malos tratos, ya sea en el hogar, en la escuela, en otras instituciones o en la comunidad".

La Convención lnteramericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *"Convención Belém Do Pará"*, *en su artículo 1 menciona que para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer: "Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público"*. (La Convención de Belem do Pará, fue ratificada por el Ecuador el 30 de junio de 1995.)

[1] Convención de los derechos del Niño, art. 27.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

[2] Al respecto Francisco Muñoz Conde, al analizar el bien jurídico protegido de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, señala que en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la "intangibilidad" o "indemnidad" que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces, Derecho Penal, Parte Especial. 17" ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 191-197.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El mismo cuerpo legal, en su artículo 2 menciona que: *"Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*

a. *Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, , ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;...*
c. *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".*

En los delitos sexuales, por las condiciones en que se producen, el testimonio de la víctima es fundamental, la Corte Nacional de Justicia ha dictado varias sentencias y se ha pronunciado sobre este punto de derecho expresando:

"Debido a la naturaleza del delito sexual, que se perpetra en la clandestinidad, el testimonio de la víctima es relevante, ya que opera en conjunto con las demás pruebas, constituyéndose en base y prueba para establecer el nexo causal entre la materialidad de la infracción y su responsable". (Fallos de Triple Reiteración, En "Colección Gestión Jurisprudencial", Serie: Cuadernos de Trabajo, (Quito: Corte Nacional de Justicia, Gaceta judicial, 2014, p. 365)

Por lo que, la doctrina en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener, que los delitos sexuales se comenten en reserva y sin testigos por ello, el testimonio rendido por la víctima es trascendental para arribar a una sentencia condenatoria, como opina el tratadista español Manuel Miranda Estrampes: *"...La convicción judicial, como fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. Por otro lado, se admite que dicho testigo único pueda ser la propia víctima o perjudicada por el delito". (Manuel, Miranda, La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Barcelona: Editorial Bosch. 1997, p. 184)*

En el caso Fernández Ortega y otros contra México, sentencia de 30 de Agosto de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala en el párrafo 119 de dicha resolución:

119. La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno [...] En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima."

Mientras que en el párrafo 124, se dice:

> Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales."

Con relación a los cargos puntualmente formulados, este Tribunal de Casación, advierte.

1. La casación como se ha dejado sentado es un recurso extraordinario, que para ser viable debe contener los requisitos establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trata de un alegato de tercera instancia; por este medio de impugnación solo es posible atacar a la sentencia cuando en aquella resolución exista errores in iudicando, por contravención expresa de su texto, indebida aplicación, o errónea interpretación.
2. Respecto del quebrantamiento del artículo 344.c del Código Orgánico de la Función Judicial, en primer orden, se observa que en ninguna parte de la fundamentación, cumple con lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, establecer una de las causales que esta norma contempla, lo propio ocurre con todas las normas que ha indicado han sido infringidas, no existe determinación de causal, lo que impide que este Tribunal entre a analizar sus alegaciones, por carecer de los verdaderos fundamentos de derecho, que en este caso son las causales.
3. El artículo 344.c del Código Orgánico de la Función Judicial preceptúa: e) Non bis in ídem *"Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por*

autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional"

Norma mandataria que determina que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa, garantía del debido proceso, prevista en el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador, que preceptúa: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto".

Principio que se encuentra determinado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14. 7; mientras que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.4.

Es lo que la doctrina llama normas o principios de carácter inderogable, uno de los cuales efectivamente es que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa.

Al respecto Ornar Huertas Díaz manifiesta en alusión al Derecho Internacional de Derechos Humanos: "[...] ciertos principios, derechos Y garantías del debido proceso que son de carácter inderogable, y que por su naturaleza jurídica, su contenido esencial y por la función de protección que desempeñan, bajo ninguna circunstancia se pueden anular, suspender, limitar, afectar o restringir." (Huertas Díaz Ornar, En: *El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2007, p. 47)*

Tres son los elementos constitutivos del principio non bis ídem y que lo configuran como tal: Identidad de la persona (eadem persona); Identidad de la cosa (eadem res); causa de persecución (eadem causa petendi).

Mas, de la causa puesta a conocimiento de este Tribunal, lo único que existe, es la aseveración de la defensa técnica del procesado, quien indica que éstos han sido actos conocidos por la Asamblea de la Comunidad; de lo que no existe constancia alguna en ninguna parte del proceso.

De tal forma que, se vuelve inverosímil lo referido por la defensa técnica del acusado en la audiencia de casación, de que el caso de violación que hoy se analiza, ha llegado a conocimiento de la Asamblea de la Comunidad, de lo que, además, insístase en decirlo, no existe constancia en ninguna parte del proceso que se examina; lo que si se verifica es la denuncia realizada por la madre de la víctima ante las autoridades policiales del cuartel Modelo, resultado de lo cual, el recurrente ha sido procesado y posteriormente sentenciado.

4. Con relación a la omisión de las solemnidades procesales artículos 330.3 del Código de Procedimiento Penal, 331 ibídem, en correspondencia con el artículo 5, de este cuerpo legal, el legislador ha previsto cada uno de los recursos para que las partes, que creyeren lesionados sus derechos, los propongan, para cuyo efecto, deberán hacerlo en el momento procesal debido y con argumentos sólidos y valederos; pretender, a través del recurso de casación, insistir en la nulidad del proceso, por violación de trámite no es procedente, más aun cuando ésta ya ha sido resuelta en las instancias, en las que se ha concluido que la justicia ordinaria es la llamada a conocer de esta causa, al comprobarse que la pretendida declinación de competencia por parte de la defensa del procesado, no se había producido, en razón a que ésta no fue solicitada por ninguna autoridad indígena, conforme así lo instituye el artículo 345 C.O.F.J)[3].

5. La Constitución de la República, en el artículo 1 declara que el Ecuador "es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico [...] "; y, los administradores de justicia, están en el deber de respetar y hacer respetar todos estos postulados, entre ellos los de interculturalidad y pluralismo, cuya dimensión abarca la diversidad de costumbres, formas de vida, el derecho propio,

[3] Art. 345. Declinación de competencia.- Las juezas y jueces que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término de probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertenencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal [...]

prácticas ancestrales de las distintas nacionalidades de las que está compuesto el Ecuador; sin embargo, no es menos cierto que no se puede atentar contra los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República; como tampoco los derechos humanos garantizados en los diversos instrumentos internacionales de los que el Ecuador es suscriptor.

Precisamente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, prevé en su artículo 8.2 que los pueblos tendrán el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, "siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (énfasis fuera del texto), mientras que en el artículo 9 se preceptúa: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros."(subrayado fuera del texto).

De las normas transcritas de este Convenio, se puede establecer, que se reconoce efectivamente el derecho de los pueblos, a conservar sus costumbres, tradiciones e instituciones, entre éstos, su derecho propio y los métodos de represión en los delitos cometidos por sus miembros, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, los derechos humanos y los reconocidos internacionalmente.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia de No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 731-10-EP, ha resuelto:

El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derechos de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador."

El Ecuador desde el 2008, conforme al nuevo paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia, posee como eje transversal los derechos, éstos conforme al artículo 11.3., son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial; y, de acuerdo a lo determinado en el numeral 6, de esta norma constitucional, todos los principios y los derechos son: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. De tal forma que deben ser respetados y protegidos tanto los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, como también los de las mujeres, que son la otra parte de la población mundial; con mucha más razón, en este caso, en el que se atenta a la dignidad y derechos humanos de la víctima, una niña de trece años, con una de las formas más execrables de violencia que se puede ejercer contra una mujer, el de violación.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem Do Pará", en su preámbulo, segundo párrafo, enfatiza que la violencia contra las mujeres, constituye precisamente una violación de los derechos humanos, mientras que en el tercero subraya que la violencia es una ofensa a la dignidad humana", además, que ésta trasciende "todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente a sus propias bases."

El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, preceptúa: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial" (énfasis fuera del texto).

El hecho materia de casación se suscita, el 23 de agosto de 2013, en la ciudad de Guayaquil, lugar de residencia tanto de la víctima como del procesado Juan Carlos Cuaritongo Valla, del que consta en su cédula, nacido en la ciudad de Guayaquil, quien se encuentra radicado en esta urbe, y pese a que su defensa técnica haya expuesto que se trata de "un indígena de Riobamba, Chimborazo, parroquia Licto, perteneciente a la comunidad d e Santa Rosa de Tzetzeñag, durante todo el proceso el hoy acusado o1 su defensa técnica, de acuerdo a la resolución de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, no ha demostrado su pertenencia a nacionalidad, pueblo o comunidad indígena o que dicha

nacionalidad estuviera organizada en la ciudad de Guayaquil, bajo sus costumbres, tradiciones ancestrales, y derecho propio; lo que, era fundamental para que pueda acogerse a éste y con el trámite propio para este tipo de jurisdicción; de otra parte, en el artículo 343 ibídem, se determina: "No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres."; lo que se encuentra en concordancia con el artículo 57.10 de la Constitución de la República del Ecuador, que preceptúa: "Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes." (subrayado fuera del texto), de tal forma que existen dos circunstancias que en este tipo penal de violación, hay que observar: que se vulneró el derecho de una niña, la que por mandato constitucional debía ser protegida y amparada, independientemente de que quien lo cometiera fuera o no un ciudadano indígena, y que, además, forma parte del grupo de atención prioritaria, conforme así lo determina la Constitución de la República en su artículo 35, y en este caso de doble vulnerabilidad no solo por su edad, sino porque fue víctima de violencia sexual; y en razón a este mandato constitucional; y, conforme el artículo 44 ibídem, tanto al Estado, la sociedad y la familia, les corresponde, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, atendiéndose al principio de su interés superior, determinándose además que "[...] sus derechos prevalecerán, sobre los de las demás personas."; en este caso sobre los derechos del infractor Juan Carlos Cuaritongo Valla.

Asimismo, si bien, el artículo 171 de la Constitución de la República, instituye el derecho de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial, y las autoridades aplicarán normas y procedimientos para la solución de sus conflictos internos, no es menos cierto que éstos no podrán ser contrarios: "[...] a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.", en este caso reitérese en decirlo, se quebrantó los derechos de la niña E.J.Y.C, al haberse afectado el bien jurídico de su indemnidad sexual.

La Sala de lo Penal del Guayas, ha comprobado el ilícito, a través del acervo probatorio, entre estos: los testimonios del médico legista, la psicóloga clínica, la madre de la niña y el testimonio urgente de la víctima E.J.Y.C, rendido en la Cámara de Gessell, y del cual los juzgadores indican: " [...] testimonio que, por haber sido practicado en legal y debida forma, se constituye en una prueba directa del delito, se tiene que señalar que el testimonio de la víctima de abuso sexual tiene en sí mismo e l valor de prueba para enervar la presunción de inocencia, siempre que se efectúe con las debidas garantías de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante [...]", criterio con el que este Tribunal de Casación coincide, en razón de que en este tipo de delitos, por lo general, no existen testigos presenciales del hecho, por la naturaleza de los mismos y porque para irrogarlo buscan que la víctima se encuentre desprotegida, sola, anulan su voluntad, ya sea ejerciendo fuerza o intimidación.

Los órganos de la administración de justicia, son los llamados a sancionar a través de sus resoluciones, todo acto lesivo, que perjudique, lesione, violente o menoscabe de cualquier forma, sea esta física, sexual, psicológica o patrimonial la vida de las mujeres, y es en razón de este mandato constitucional, legal y convencional, que hechos como éstos no pueden quedar impunes y deben ser castigados con el rigor que la ley exige.

En tal virtud, este Tribunal de Casación señala que no ha existido la transgresión, de los artículos planteados referente a la aplicación de la justicia indígena y su derecho propio; la, presente causa se la ha tramitado conforme la normativa constitucional, legal y procesal que corresponde; por lo cual, el procesado ejerció a plenitud el derecho a la defensa, quien ha sido juzgado mediante leyes previamente establecidas y por jueces competentes e imparciales, quienes del análisis probatorio, llegaron a la certeza de que el recurrente es autor del delito de violación, por lo que no procede lo alegado por su defensa técnica, en cuanto a que se trata de un doble juzgamiento, y que se ha quebrantado el principio non bis idem; a ser juzgado por la justicia indígena, de acuerdo con los principios de interculturalidad y pluralismo jurídico, en razón de que, insístase en decirlo, atentó contra la indemnidad sexual, e integridad psicológica de la niña víctima E.J.Y.C.; y, en cuyas circunstancias, y conforme a lo prescrito por el Código Orgánico de la Función Judicial, "No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario", tanto más, que la violación sexual, está concebida como una de las formas más extremas de violencia ejercida contra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

las mujeres, y con mucha más razón si se trata de una niña; y que, por el mandato de la Constitución, y los diversos Instrumentos Internacionales, debe ser protegida, por lo que este tipo de delitos, no pueden quedar en la impunidad.

De otra parte, no ha logrado justificar, en todo el juicio, la petición de declinación de competencia, por parte autoridad indígena alguna, tal cual lo previsto en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, que es la base para que se produzca la misma.

SEXTO.- RESOLUCIÓN.

Por las consideraciones antes indicadas, la fundamentación del recurso de casación no ha podido demostrar los errores de derecho que se dice adolece la sentencia recurrida, en los términos de las causales establecidas en artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que 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,** por unanimidad, declara improcedente el recurso interpuesto por Juan Carlos Cuaritongo Valla, dejando en firme la sentencia venida en grado, en la que se declara al procesado, responsable en el grado de autor del delito de violación, tipificado en el artículo 512.1 y 3 del Código Penal, y reprimido en el artículo 513 ibídem, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. Ha lugar a la reparación integral, conforme lo establece el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que el juez de ejecución deberá tomar en consideración tanto el daño material como Inmaterial causado a la víctima. **Cúmplase, notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL PONENETE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dra. Zulema Pachacama Nieto, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

X

Resolución nro. 2404-2016
Juicio nro. 1519-2015

Juicio penal por falso testimonio, seguido por el acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz y la Fiscalía General del Estado contra Diego Fernando Jaramillo Borja

SÍNTESIS

El 11 de marzo de 2015, a las 14h46, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha ratificó el estado de inocencia del señor Diego Fernando Jaramillo Borja. La Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 8 de septiembre de 2015, a las 14h15, declara al señor Diego Fernando Jaramillo Borja responsable, del delito tipificado y sancionado en el artículo 354 del Código Penal (perjurio) en calidad de autor, imponiéndole la pena modificada de cuatro meses de privación de la libertad. El acusador particular Guillermo Artuiv Gross Albornoz y el procesado Diego Femando Jaramillo Borja inconformes con la sentencia interponen recurso de casación. El martes 20 de diciembre de 2016, las 15h47, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional, casa la sentencia recurrida, con la finalidad de corregir los errores de derecho, ratificando el estado constitucional de inocencia del señor Diego Fernando Jaramillo Borja.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1519-2015

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, martes 20 de diciembre de 2016; las 15h47.-

VISTOS:

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

1. ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal

El acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz y el procesado Diego Femando Jaramillo Borja, interponen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 8 de septiembre de 2015, a las 14h15, que declara al último de los mencionados responsable, en calidad de autor, del delito tipificado y sancionado en el artículo 354 del Código Penal (perjurio), imponiéndole la pena modificada de cuatro meses de privación de la libertad; decisión mediante la que se revoca el fallo de primer nivel, dictado por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 11 de marzo de 2015, a las 14h46, que inicialmente ratifico el estado de inocencia del acusado.

Como conclusión fáctica de los hechos litigiosos, quedó expresado lo siguiente en el fallo de segunda instancia:

> ...el Dr. Diego Femando Jaramillo Borja, al comparecer el 20 de noviembre del 2009, a las 11h55 [...] ante el juez Décimo Séptimo de lo Civil de Pichincha, esto es ante una autoridad pública, al ser interrogado sobre si la firma y rúbrica que constan en el documento de 2 de julio [d]el 2003 [...] era o no su firma y rubrica ha indicado "no son suyas", habiendo precedido al juramento como es el caso de la advertencia de faltar a la verdad; afirmación dada por el hoy procesado que no son sus firmas y rúbricas contrastada con el testimonio rendido por el Capt. De Policía Cristian Esteban Rengifo Dávila, efectuado en la audiencia de juzgamiento, se determina que no es verdad dicha afirmación, y al contrario se determina que la firma y rúbrica impuesta en el documento [...] le pertenece al Dr. Diego Fernando Jaramillo Borja, esto es, que mintió, faltó a

la verdad ante la autoridad pública, constituyendo un juramento viciado por falsedad, toda vez que al rendir el juramento la persona se compromete a decir la verdad dentro de un proceso, más en caso de no decir la verdad, se comete el delito de perjurio cuando precede el juramento como es el caso que nos ocupa...

Para justificar estas afirmaciones, el juzgador de apelación se valió, en lo principal, de los siguientes medios probatorios:

- Testimonio del policía Cristian Esteban Rengifo Dávila, quien manifestó estar acreditado como perito del Consejo de la Judicatura, especificando que en el año 2009 se dio el proceso de transición de los peritos que pasaban de formar parte de la Fiscalía, a la mentada institución administrativa de la Función Judicial, por lo que "... estaba autorizado para intervenir hasta enero del año 2010, siendo que en esa época se le otorgó la acreditación por el Consejo de la Judicatura". Añadió, que efectuó el reconocimiento grafotécnico del certificado de fecha 2 de julio del 2003, en el que suscribe el doctor Femando Jaramillo y en cuyo texto se menciona que el doctor Gross Albornoz Guillermo Arturo, es socio propietario de la clínica MedicValle, desempeñándose como Jefe de Emergencias, con un ingreso mensual de tres mil dólares americanos. Concluyó, tras la respectiva pericia, que el documento fue firmado efectivamente por el doctor Diego Femando Jaramillo, conclusión a la que llegó tras comparar la firma inserta en el mentado documento, con otros instrumentos indubitados, como cheques y muestras testigo. Añadió, que la pericia la efectuó dentro de la fase de indagación previa, correspondiente a la causa Nro. 1322-2009, por uso de documento falso.
- Testimonio del policía Segundo Francisco Paucar Ñacata, quien efectuó el reconocimiento del lugar de los hechos, esto es, el Juzgado Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, diligencia tras la que logró constatar la existencia del proceso Nro. 912-2009, relativo a un reconocimiento de firma.
- Testimonio del doctor Ángel Fernando Granja Lanas, Secretario del Juzgado Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, quien expresó que las diligencias de reconocimiento de firma se llevan a efecto con o sin la presencia del abogado defensor de quien efectúa el mentado acto procesal, y consisten en la puesta a la vista del documento, en frente de la persona de quien se dice lo ha firmado, para que responda si efectivamente es su signatura la que consta inserta allí. En lo relativo al caso concreto, manifestó que estuvo presente en el reconocimiento de la firma del doctor Diego Jaramillo, respecto a un certificado de trabajo de fecha 2 de julio del 2003, quien respondió, sin la presencia de su abogado y ante el requerimiento del Juez Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, que la grafía constante en el mentado escrito no le pertenecía.
- Testimonio de José Ramón Jaramillo Villagómez, ayudante judicial del Juzgado Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, quien mencionó que el procedimiento para el reconocimiento de firma y rúbrica involucra la advertencia de las penas del delito de perjurio por parte del juez, el respectivo juramento y la firma en el acta de reconocimiento. En lo relativo a la especie, indicó que el 20 de noviembre de 2009, compareció el doctor Femando Jaramillo a la mentada dependencia judicial, sin su abogado, con la finalidad de reconocer la firma impresa en un certificado de trabajo de fecha 2 de julio de 2003, respondiendo ante el requerimiento del juzgador, que no era su firma la constante en el precitado documento.
- Testimonio del acusador particular, doctor Guillermo Arturo Gross Albornoz, quien manifestó que trabajaba con el doctor Diego Jaramillo en la clínica MedicValle, por lo que en el año 2003, le solicitó un certificado que requería para obtener un seguro internacional de jubilación, otorgándoselo el ahora recurrente, tras haberlo redactado en su computadora personal. Luego de transcurridos algunos años, con la finalidad de aclarar su posición en la precitada institución de salud, le solicitó judicialmente al doctor Jaramillo que reconozca su firma y rúbrica, en el certificado que le había extendido en el año 2003, con la novedad de que al darse la diligencia de reconocimiento, quien ahora se encuentra procesado afirmó que la firma constante en el documento antedicho no era suya. Luego de lo sucedido, el doctor Jaramillo le planteo un juicio por uso doloso de documento falso, dentro del que se elaboró una pericia para determinar a quién le correspondía la firma estampada en el certificado de trabajo emitido el año 2003, tras la que se concluyó que correspondía al doctor Diego Jaramillo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Testimonio del procesado Diego Jaramillo Borja, quien expreso que dentro de la diligencia de reconocimiento de firma y rúbrica ante el Juzgado Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, no se le permitió contar con su abogado defensor, y que en lo relativo al documento que se le puso a la vista (certificado de trabajo), dijo que era falso en cuanto a su contenido, porque el doctor Guillermo Gross no es dueño de la clínica MedicValle en ninguna de sus partes.

1.2 Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el acusado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la que se admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por el acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz y el procesado Diego Fernando Jaramillo Borja.
- Sorteo de la causa Nro. 1519-2015, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Teran Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Miguel Jurado Fabara y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales.
- Oficio Nro. 463-SG-CNJ, a través del cual se hace conocer que el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, asumió el despacho del doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, en razón de su sensible fallecimiento.
- Excusa del doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, en razón de enemistad manifiesta mantenida con el acusador particular, doctor Guillermo Arturo Gross Albornoz, la que tras haber sido concedida por el resto del Tribunal de Casación, provoco que sea reemplazado, mediante sorteo efectuado por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, por el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.
- Audiencia oral, publica y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: personalmente, el procesado Diego Femando Jaramillo Borja, así como también su defensor, doctor Emiliano Donoso; doctor Patricio Almeida Torres, defensor del acusador particular, Guillermo Gross Albornoz; y, doctora Paulina Garcés delegada del señor Fiscal General del Estado.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación por el acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Patricio Edmundo Almeida Torres, defensor de la acusación particular, esgrimió el siguiente cargo en contra de la sentencia impugnada:

- Si especificar causal de casación ni norma jurídica vulnerada, el abogado de la acusación particular manifestó que en la sentencia impugnada, existió falta de motivación e inadecuada valoración de la prueba, al momento de establecer las atenuantes de conducta ejemplar anterior y posterior al cometimiento del delito, en favor del procesado, lo que causo una desproporcionada reducción de la sanción correspondiente, de tres años de privación de la libertad, a únicamente cuatro meses. Añadió, que en ninguna parte del fallo recurrido se enuncia cuáles son los hechos de los que devienen las atenuantes concedidas, sin considerarse además que el delito juzgado es doloso y se cometió con agravantes (las que no se especifican por parte del recurrente).

Como consecuencia de su argumentación, el defensor del acusador particular solicito que se case la sentencia, en lo relativo a la pena, con la finalidad de que se imponga una pena sin modificación al recurrente.

1.4 Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado.

Durante la audiencia oral, publica y contradictoria de fundamentación del recurso, la doctora Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General del Estado, contestó de la siguiente forma a la argumentación efectuada por la acusación particular:

- No se identificó la sentencia que se impugna ni la causal de casación, a través de la que se pretende justificar la interposición del recurso.

En consecuencia de su intervención, la delegada del señor Fiscal General del Estado solicitó que se deseche el recurso de casación presentado por la acusación particular.

1.5 Contestación del recurso por parte del procesado Diego Fernando Jaramillo Borja

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Emiliano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Donoso, defensor privado del procesado, dio contestación al recurso interpuesto por la acusación particular, en los siguientes términos:

- No se individualizó la sentencia impugnada.
- No se especificó la causal de casación utilizada para impugnar la sentencia.
- Se establece como causal la inadecuada valoración de la prueba, que no consta como tal en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- Se ratificó la inocencia del procesado en dos audiencias distintas de juicio, dada la manera en la que se ha desenvuelto el presente proceso.
- Las atenuantes de conducta ejemplar anterior y posterior al delito, se adaptan a lo previsto en los artículos 29 y 72 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se destruye el argumento generado por la acusación particular.
- Los articulo 76 y 77 de la Constitución de la República, así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen el principio del non reformatio in pejus, según el que sería imposible una agravación de la sanción.

En consecuencia de su intervención, la defensa del procesado solicitó que el recurso de casación presentado por la acusación particular sea declarado improcedente.

1.6 Cargos planteados en la fundamentación por el procesado Diego Fernando Jaramillo Borja

Durante la audiencia oral, publica y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Emiliano Donoso, defensor privado del procesado, esgrimió los siguientes cargos en contra de la sentencia impugnada:

- **Contravención expresa del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República.-** El abogado defensor del procesado, indicó que en la sentencia impugnada: a) No se determina los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta imputada al procesado; b) No se establece el verbo rector que fue activado por la conducta del procesado; c) Se efectúa una incorrecta determinación del bien jurídico protegido, al establecerse como tal a la correcta administración de justicia; d) En el análisis del tipo subjetivo, se presume la existencia del dolo, sin que exista una mención concreta de alguna prueba que, habiéndose practicado en la audiencia de juzgamiento sirva para sustentar tal conclusión
- **Violación, sin especificar causal, del artículo 76.3 de la Constitución de la República, así como de los artículos 195, 196, 197 y 198 del Código de Procedimiento Civil.-** El defensor del procesado mencionó que la diligencia de reconocimiento de firma y rúbrica que dio inicio al actual proceso penal, se llevó a cabo con juramento, pese a que las normas jurídicas pertinentes no mencionan tal requisito como necesario para su práctica.
- **Violación, sin especificar causal, del artículo 76.7, numerales e) y g), de la Constitución de la República.-** El asesor jurídico del ahora recurrente, manifestó que la diligencia de reconocimiento de firma y rúbrica se llevó a efecto sin la presencia del abogado defensor del señor Diego Fernando Jaramillo Borja, por lo que tal profesional del derecho no pudo informarle a su cliente de las responsabilidades penales devenidas del falso testimonio y del perjurio. Añadió, que en la sentencia se establece que el procesado fue interrogado por el Juez Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, por lo que en atención a la primera de las normas constitucionales citadas, debía contar con un abogado.
- **Violación, sin especificar causal, del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil.-** El abogado del procesado expresó que el documento reconocido era una carta dirigida a terceros, por lo que no procedía sobre ella el reconocimiento de firma y rúbrica, al tenor de la norma legal citada.
- **Errónea interpretación de los artículos 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 95, 96 y 98 del Código de Procedimiento Penal.-** El profesional del derecho que representa al impugnante procesado, estableció que la vulneración de las precitadas normas devino de que: a) El certificado original del que se efectuó el reconocimiento de firma y rúbrica, así como el resto de la prueba documental de la que se vale el tribunal de segundo nivel, nunca fue incorporada al proceso, durante la audiencia de juzgamiento; b) Se considera como prueba válida un peritaje efectuado en una indagación previa que no pertenece al actual proceso, sin siquiera incorporar el informe del perito al expediente; c) La invalidez del traslado de la prueba pericial, dejó al testimonio rendido por el policía Rengifo como una mera declaración, que en virtud del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, no

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

podía determinar, por sí sola, la responsabilidad del procesado; d) El testimonio rendido por el Secretario del Juzgado Décimo Séptimo de lo Civil del cantón Rumiñahui, solo corrobora que el reconocimiento fue hecho sin el abogado del procesado; y, e) El testimonio del acusado es utilizado como prueba en su contra, sin tomar en consideración que es un mecanismo de defensa a su favor.

- **Indebida aplicación de los artículos 42 y 353 del Código, así como del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.-** Esto lo alega el abogado del procesado, como derivación del resto de vulneraciones legales expuestas.

En virtud de su intervención, el defensor del procesado recurrente solicitó que se declare la nulidad de la sentencia por falta de motivación; subsidiariamente, que se ratifique la inocencia del procesado, en virtud de los errores de fondo que contiene la sentencia impugnada.

1.7 Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la doctora Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General del Estado, contestó de la siguiente forma a la argumentación efectuada por el procesado:

- Tanto el acusador particular como el procesado han coincidido en solicitar la nulidad por falta de motivación, pedido con el que la Fiscalía está de acuerdo, dado que la ratio decidendi del fallo se encuentra desarrollada en pequeños y breves párrafos, que no acaba de explicar la fundamentación detrás de las decisiones del juzgador de apelación.

En consecuencia de su intervención, la delegada del señor Fiscal General del Estado solicite que se declare la nulidad, por falta de motivación, del fallo de segundo nivel.

1.8 Contestación del recurso por parte del acusador particular Guillermo Arturo Gross Albornoz

Durante la audiencia oral, publica y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Emiliano Donoso, defensor privado del procesado, dio contestación al recurso interpuesto por la acusación particular, en los siguientes términos:

- Pese a que indico que existía falta de motivación respecto de los atenuantes, el resto de la sentencia de apelación si se halla motivada, en tanto se explica los razonamientos en virtud de los cuales se llega a la decisión de condena.
- Ya se resolvió en instancias inferiores sobre la acreditación del policía Rengifo como perito del Consejo de la Judicatura.
- Se especifica en la sentencia impugnada que el documento original sobre el que se ejecutó el reconocimiento de firmas, consta incorporado al expediente.
- Para efectuar la diligencia de reconocimiento de firma y rubrica, no se necesita la presencia de abogado defensor.

En consecuencia de su intervención, el abogado de la acusación particular solicito que se declare improcedente el recurso de casación presentado por el procesado.

1.9 Intervención personal del procesado Diego Fernando Jaramillo Borja

En uso de su derecho a ser oído, reconocido en el artículo 76.7.c) de la Constitución de la República, intervino ante este Tribunal de Casación el procesado Diego Femando Jaramillo Bola, quien manifestó que no cometió ningún delito, solicitando que se rectifique su situación jurídica, que por este proceso le ha perjudicado en cinco años de su vida personal y familiar.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 30.1 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley, además de los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 supra, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Teran Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Marco Maldonado Castro y Edgar Flores Mier, Conjueces Nacionales.

2.2 Orden de resolución de los recursos y cargos presentados

En virtud de la existencia de dos recursos de casación en la presente causa, este órgano jurisdiccional considera necesario establecer el siguiente orden en el que se los va a resolver:

- Análisis, en primer lugar, del recurso del procesado, en tanto se basa en la totalidad de la sentencia impugnada, atacando su declaratoria de culpabilidad, lo que eventualmente podría devenir, de ser aceptado alguno de sus cargos, en una ratificación de su inocencia, que tornaría

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

inútil la resolución del recurso del acusador particular.

- Análisis, posterior, del recurso del acusador particular, ya que únicamente se basa en el monto de la pena que se le debería imponer al procesado y podría verse truncado, si se acepta alguno de los cargos del procesado, dirigidos a ratificar su inocencia.

2.3 Análisis de los cargos propuestos por el procesado Diego Fernando Jaramillo Borja

2.3.1 Contravención expresa del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República

Este Tribunal de Casación ya se ha pronunciado en anteriores fallos que el cargo de falta de motivación puede y debe ser tratado en esta sede, con anterioridad al análisis de cualquier argumentación relativa a la aplicación o interpretación de la ley por parte de los juzgadores de apelación, y ello, debido a que:

> ...la casación es una confrontación entre la legislación vigente y la sentencia de última instancia, por lo que la falta de motivación en esta última, inevitablemente imposibilitara la labor analítica del órgano jurisdiccional encargado de resolverla, al no contar con los razonamientos del juzgador de apelación que lo han llevado a decidir de una u otra manera[1].

Empero, si bien se puede tratar un cargo como el actual en esta sede, es necesario fijar los límites de la competencia del Tribunal de Casación, y para ello, se debe hacer una distinción entre las categorías de falta de motivación y motivación errada:

> ...no se puede tomar como circunstancias iguales o similares a la falta de motivación y a la motivación errada; diferenciamos los dos conceptos de la siguiente manera: a) <u>La falta de motivación se da porque de plano esta es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, va sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo de juzgador</u>; en estos casos, es aplicable el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica; b) cuando la motivación está presente en el fallo, porque el juzgador ha expresado los resultados de la valoración probatoria y ha aplicado sobre ellos el derecho que ha creído pertinente, la norma constitucional deja de tener aplicación con la finalidad de anular el fallo, aunque estos sean errados, pues no prevé la posibilidad de efectuar esta actividad, en una sentencia en la que los argumentos del juzgador estén alejados de la realidad fáctica que han demostrado las pruebas, o del sentido y alcance que ha sido determinado por el legislador, para las normas jurídicas que ha aplicado el órgano jurisdiccional al resolver el caso; en estos supuestos, lo que se configuran son errores de hecho y de derecho, que si bien recaen sobre la motivación, no la vuelven inexistente, sino errónea, falencias que pueden ser resueltas mediante el recurso de apelación (para los errores de hecho), o el de casación (para los errores de derecho), pero no por la declaratoria de nulidad prevista en el artículo 76.7.1) de la Constitución[2] (énfasis fuera del texto).

Establecido lo anterior, la actividad de este órgano jurisdiccional se debe limitar a constatar si el fallo impugnado contiene fundamentos fácticos y jurídicos, lo que se procede a efectuar a continuación, tomando en consideración su numeral sexto, denominado "Análisis y Valoración del Tribunal de Alzada":

- **Fundamentos fácticos.-** El análisis del Tribunal de Apelación, en cuanto a los hechos del caso, inicia en el numeral 6.2, en donde se describe la conducta que le es imputada al acusado; luego de ello, en el numeral 6.3.1, el juzgador de segundo nivel plantea el argumento principal en el que basará su análisis, al manifestar que existió una indebida valoración de la prueba por parte del Tribunal de Juzgamiento. Una vez fijado lo anterior, en el numeral 6.3.2, se relata el contenido de los medios probatorios de los que se valdrá el juzgador de segunda instancia, para justificar sus conclusiones fácticas; lo que es seguido con el análisis de las pruebas con las que se llega a establecer la materialidad del delito, así como la responsabilidad del procesado, lo que se efectúa, respectivamente, en los numerales 6.4.1.1 y 6.4.2; además, se añade en el numeral 6.4.1.2, la respuesta a ciertos argumentos específicos del procesado, respecto a

[1] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 402-2015. Estado Ecuatoriano Vs. Nicola Villacrés (Peculado).

[2] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 608-2013. Estado Ecuatoriano Vs. Lasso el al. (Plagio).

la falta de validez del peritaje y testimonio efectuados por Cristian Esteban Rengifo Dávila.

- **Fundamentos Jurídicos.-** El Tribunal de Apelación inicia su análisis jurídico en las primeras líneas del numeral 6.2, en donde describe cinco elementos que considera constitutivos del delito de perjurio; para luego, en el numeral 6.5, complementar esta información con un análisis de la lesividad del tipo penal imputado. Tras este análisis general de los elementos de la tipicidad, el juzgador de segundo nivel ocupa los numerales 6.6.1 y 6.6.2, para adecuar a ellos los hechos a los que otorga la categoría de ciertos; y, finalmente, en el numeral 6.7 efectúa una descripción del sistema de la sana crítica y sus reglas, con la finalidad de exteriorizar los mecanismos jurídicos de los que se valió para valorar la prueba.

Descrito lo anterior, este órgano jurisdiccional considera que existe motivación en el fallo impugnado, según los parámetros establecidos en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, en tanto en ella si se "... enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, dando una descripción clara del contenido del tipo penal imputado y cada uno de sus elementos; así también, se cuenta con la argumentación respecto a "... la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho", pues como se dijo supra, existe dentro del fallo un ejercicio de subsunción en el que se considera la forma en la que los hechos que se dan como ciertos, encuadran en la descripción normativa utilizada para calificar jurídicamente la conducta del procesado.

Por lo expuesto, se declara improcedente este primer cargo planteado por el procesado recurrente, más aún cuando su contenido se refiere a falencias que deberían haberse argüido como errores *in iudicando*, propios del recurso de casación, y no como una falta de motivación, ya que como se dijo al inicio de este sub-análisis, tal concepto difiere del de motivación errada, que no se resuelve con una declaratoria de nulidad del fallo impugnado.

2.3.2 Violación, sin especificar causal, del artículo 767, numerales e) y g), de la Constitución de la República.

Para fundamentar este cargo, la defensa del procesado recurrente manifestó que la diligencia de reconocimiento de su firma y rubrica, efectuada en sede civil, no tiene valor alguno al haber sido desarrollada sin la presencia de quien entonces fungía como abogado de Diego Fernando Jaramillo Borja. Se ha elegido esta alegación para ser resuelta en segundo lugar, en tanto la configuración del tipo penal de perjurio, que se le imputa al acusado, requiere de la validez del citado acto preparatorio de reconocimiento, en tanto de haber sido ilegalmente practicado, todos los elementos probatorios devenidos de aquel (que son la mayoría en este caso) compartirían esta característica, y por tanto, también su invalidez.

Se debe especificar que este tipo de cargos, dirigidos a cuestionar la legalidad de la prueba producida y no su valoración, pueden ser conocidos en esta sede por el Tribunal de Casación, según la interpretación que se le ha dado al texto del Código de Procedimiento Penal (norma aplicable al tenor de la Disposición Transitoria Primera del COIP):

> …[e]l componente del examen probatorio (legalidad), viene establecido por la aplicación de normas jurídicas a la producción de los medios de prueba, y sobre los errores de derecho que pueda cometer el juzgador de instancia al fijar su sentido y alcance, tiene total potestad correctiva este órgano jurisdiccional, ya que tales falencias recaen sobre la naturaleza misma del recurso[3].

Aclarado lo anterior, es posible retomar el tópico de la asistencia letrada, y lo primero que se debe decir al respecto, es que la razón por la que se requieren abogados dentro de un proceso judicial, es que si bien este conjunto de actos se erige, dentro de la sociedad, como la forma de heterocomposición mas importante para solucionar conflictos intersubjetivos, la obtención de ese resultado depende en la mayoría, sino en todos los casos, de la aplicación de un complejo entramado de normas jurídicas, sobre las que el común de las personas desconoce cómo interpretar su sentido y alcance; los abogados, en el sentido expuesto, logran brindar, "...un conocimiento técnico para la defensa de los derechos [...] obten[iéndose] [con su intervención] una más correcta conducción del proceso, en

[3] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 276-2013. Estado Ecuatoriano Vs. *Naanch Mashinkiash* (Violacion).

beneficio de la parte, y también en el del mejor desenvolvimiento del trámite, en aras de la más correcta administración de la justicia"[4].

Si bien existen sistemas jurídicos en los que la presencia del abogado no resulta un requisito sine qua non, permitiéndose la intervención directa de los interesados dentro del proceso, excepto en aquellos casos en los que "... así lo exija el interés de la justicia"[5], nuestro ordenamiento jurídico no se encuadra dentro de esta tendencia, sino en la de la mayoría de países de Latinoamérica, en los que las excepciones para la obligatoriedad de la defensa letrada son escasas o inexistentes; lo que se comprueba, a nivel constitucional, con la simple lectura del artículo 76.7.g) de la norma jurídica suprema, que dispone como una garantía del derecho a la defensa de las personas, "[en] procedimientos judiciales, ser asistido[s] por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público...".

Para buscar las excepciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, es necesario dirigirse al artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone:

> **Art. 327 COFJ.-** En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes, excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el código de Procedimiento Penal.

La excepción respecto a las acciones constitucionales, deviene directamente de la Constitución, que en su artículo 86.2.c), determina que en ellas "[n] o será indispensable el patrocinio de un abogado, en tanto se busca la simplificación del trámite y, en ellas, los jueces encargados de resolverlas están autorizados a utilizar el *iura novit curia* de una manera amplia, supliendo cualquier defecto técnico que, en su intervención, pudiesen tener los accionantes.

En cuanto al ámbito penal, la excepción hace referencia al Código de Procedimiento Penal, en específico a su artículo 12, que dispone que "[l]a Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo", siendo esta excepción parcial, en tanto la norma citada se complementa al establecer que "[e]n ese caso, el defensor se debe [rá]: limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica"; es decir, a actuar como una especie de asesor en la formulación de la teoría del caso del procesado.

Por último, la excepción relativa a los jueces de paz deviene también de la Constitución, que en su artículo 189 dispone que, en los conflicto sometidos a su competencia, "[n]o será necesario el patrocinio de abogada o abogado", ya que no son resueltos, necesariamente, con el uso de los tecnicismos de la ley, sino de acuerdo a la equidad (lo más justo para el caso concreto), y en aplicación de "... mecanismos de conciliación, dialogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad..." , es por ello que la precitada norma constitucional establece que incluso a los propios jueces de paz; no les será exigido ser profesionales en Derecho.

Analizado lo anterior, se nota que un reconocimiento de firma y rubrica no se encuadra en ninguna de las excepciones planteadas supra, sin embargo, la objeción que se hace por parte de la acusación particular, prefiere ignorar este criterio y centrarse en el hecho de que el mentado acto jurisdiccional no se puede clasificar como un proceso judicial, sino como un simple acto preparatorio de aquellos previstos en el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, dirigido únicamente a la obtención anticipada de prueba, en aras del eventual inicio de una acción en contra de quien se practica o de un tercero.

Sobre lo dicho supra, el Tribunal de Casación debe reconocer que, como tal, un reconocimiento de firma y rubrica no se encuadra dentro de la denominación generalmente aceptada de proceso judicial, pues si bien este tipo de diligencias involucran una serie de actos ordenados y consecutivos, controlados por una autoridad jurisdiccional y regulados por la legislación, carecen del elemento trascendental de tener como finalidad "... la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción..."[6]

---

[4] VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2006. Pág. 192.

[5] ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. Comunicaciones Nos. 839, 840 y 841/1998, aprobadas mediante dictamen de 16 de julio de 2001. Mansaraj, Tamba, Sesay, et al Vs. Sierra Leona. Párr. 7.10.

[6] DEVIS HECHANDIA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2009. Pág. 153.

En aras de ahondar en el razonamiento anterior, es preciso hacer una necesaria diferenciación entre los términos proceso judicial y procedimiento judicial; para lo cual, el Tribunal de Casación aclara que entre ellos existe una relación de continente y contenido, en la que el proceso judicial está concebido como el mecanismo mediante el que consigue "... la declaración o ejecución del derecho [de quien lo propone]"[7], mientras que el procedimiento se refiere a los diversos grupos de actuaciones concretas que se efectúan dentro del primero, y que son necesarias para obtener el mentado fin, pudiendo de hecho existir varios procedimientos dentro de un solo proceso, tales como el de tramitación de un recurso, obtención de una prueba, solución de un incidente, *inter alia.*

Explicado lo anterior, se observa que la naturaleza del reconocimiento de firma y rubrica es la de un procedimiento judicial, pues consiste en un conjunto de actos tendientes a conseguir un elemento de prueba, que se estima necesario para justificar la posición de quien participa en un proceso judicial; siendo lo especial de este tipo de actuaciones, el que la legislación permite que su práctica se anticipe al inicio del proceso, en tanto el elemento de prueba que se busca obtener es, en algunas ocasiones, trascendental para tomar la decisión de accionar o abstenerse de hacerlo, sin que este adelantamiento de actividad jurisdiccional despoje al reconocimiento de su calidad de procedimiento judicial, pues pese a efectuárselo extra-proceso, sigue consistiendo en "... una serie de actos coordinados entre sí, hacia el efecto final propuesto"[8].

Tras esta conclusión, lo que corresponde determinar es si esta clase de diligencias previas al inicio de un proceso, se encuentran también vinculadas por la necesidad de que los intervinientes en su desarrollo, sean asistidos por un abogado; y, para ello, se deben tomar en consideración, en primer lugar, los artículos 76.7.g) de la Constitución, así como el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, de los cuales, una somera revisión inicial podría llevar a una respuesta negativa sobre el problema planteado, ya que:

- Si bien el artículo 76.7.g) de la Constitución de la República menciona que la garantía de la defensa técnica se aplica para "procedimientos judiciales", también establece como regla general que el debido proceso es aplicable "[e]n todo proceso en el que se determinen derechos".
- En cuanto al artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, resulta más claro en limitar que el patrocinio profesional de las causas resulta una obligación "[e]n todo proceso judicial...'.

Sin embargo, esta primera interpretación tiene que ser contrastada con el hecho de que la expedición de la Constitución del 2008 cimentó !a idea del control de convencionalidad, que obliga al juzgador a valerse de los tratados internacionales de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia de los órganos supranacionales autorizados para interpretarlos, en aras de resolver casos como el actual, en el que se discuten temas importantes como las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa. Lo dicho, deviene inclusive de disposición expresa contenida en el artículo 424, segundo inciso, de la Constitución de la Republica, que determina que "... los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

Siguiendo la ilación lógica planteada *supra*, y ateniéndose al ámbito que le resulta más cercano, el Tribunal de Casación considera necesario valerse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, principalmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (órgano autorizado para su interpretación) con la finalidad de resolver el actual problema, sobre el que la primera consideración que se debe hacer, es el espectro de aplicación del debido proceso, institución jurídica que ha merecido el siguiente pronunciamiento del mentado órgano jurisdiccional internacional:

> Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectados. Es decir, cualquier actuación u

[7] RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Editorial Comlibros. Medellín, Colombia. Año 2006.Pág. 635.
[8] *Idem.*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal[9].

De lo citado, se desprende que el ámbito de protección del debido proceso es amplio según la jurisprudencia interamericana, abarcando inclusive actuaciones administrativas, lo que sería suficiente para considerar que una actuación judicial como los actos preparatorios, controlada por una autoridad con más poder coercitivo (que inclusive puede ordenar la comparecencia con la fuerza pública de quien debe realizarlos), se vería cobijada por las garantías de la institución en estudio, pese a no encontrarse efectuada dentro de un proceso jurisdiccional como tal.

La amplitud de protección que queda expuesta supra, encuentra también su asidero en la garantía de la asistencia letrada y la interpretación que sobre ella ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el siguiente sentido:

> Los literales d) y e) del artículo 8.2 establecen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciere, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. A este respecto, y en relación con procedimientos que no se refieren a la materia penal, el Tribunal ha señalado previamente que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso[10].

En definitiva, este órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que la protección que ofrece el debido proceso, es lo suficientemente amplia como para extenderse a los actos preparatorios que anteceden a un proceso judicial; y, en lo que tiene que ver a la defensa letrada en específico, se deslinda de lo citado, que deberá considerarse las circunstancias específicas de cada caso, que, en la especie, son como siguen:

- El acto preparatorio de reconocimiento, en la materia procesal civil, implica la aceptación de que la firma estampada en un documento le pertenece a la persona a quien se lo hace reconocer, la que tras este acto puede quedar sujeta a responsabilidades civiles y penales. Respecto al primer tipo de responsabilidad citada, dependiendo del tipo de obligación que conste en el documento, la puesta en efecto del reconocimiento puede volverlo un título ejecutivo, según el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil; mientras que en cuanto a la segunda, el tipo penal por el que se ha dado inicio a este proceso (perjurio) es un claro ejemplo, en tanto su supuesto de aplicación se basa en faltar a la verdad, a sabiendas, al "... declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública...". En el sentido expuesto, queda claro que la diligencia puede comprometer, tras su desarrollo, los derechos patrimoniales e inclusive la libertad de la persona contra quien se efectúa, motivo trascendente para exigir la presencia de un abogado que la asesore.
- El acto de reconocimiento de firma y rubrica se desarrolla, usualmente, como prueba dentro de los procesos judiciales, en los que los intervinientes cuentan con asistencia letrada de profesionales que, precisamente, tienen como una de sus tareas el control crítico y de legalidad en la producción de pruebas"[11]; de esta forma, resulta lógico que aunque previo al inicio del proceso, estas diligencias preparatorias provean de las mismas garantías con las que contarían durante la causa, a quienes intervienen en ellas, incluyendo la defensa técnica. Por sobre ello, se debe recordar que el principio de contradicción, aplicable a este caso, busca que "... en todo proceso [...] concurr[an] los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos"[12], lo que no se conseguiría si se imposibilita a quien debe efectuar un

[9] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Párr. 124.

[10] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Párr. 145.

[11] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. *Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Barrero Leiva Vs. Venezuela*. Párr. 61.

[12] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. *Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Párr. 178.

reconocimiento de firmas el estar acompañado de su abogado, mientras que se obliga al solicitante del acto a comparecer a través de su defensa, como efectivamente lo hace el artículo 1007 del Código de Procedimiento Civil.

- Por sobre estos puntos generales, se debe recordar que el acto preparatorio de reconocimiento de firma y rúbrica, se intentó utilizar en este proceso penal como un medio probatorio, por lo que su legalidad no solo que debe estar sujeta a las reglas procesales civiles sino también a las penales, en razón de que el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, establece que "[l]a prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código". Tomando esto en consideración, el Tribunal de Casación afirma que se vuelve aún más importante el principio de contradicción, pues en el ámbito penal, el segundo artículo innumerado, agregado a continuación del articulo 5 *ejusdem*, determina como parte integrante del mismo al derecho de intervenir en la formación de las pruebas, lo que solo se podrá lograr con la presencia del abogado defensor durante la práctica del reconocimiento, ya que es dicho profesional el que brinda el asesoramiento necesario sobre los requisitos que las normas procesales exigen para la validez de los medios probatorios.
- Ya en lo que respecta al caso concreto, el Tribunal de Casación observa que la intervención de Diego Jaramillo Borja en el acto de reconocimiento de su firma, se vio afectada por la falta de un defensor técnico que lo asesore, impidiéndosele con ello contestar adecuadamente las actuaciones de quien ahora funge como acusador particular, así como del juzgador civil que estuvo encargado del desarrollo de la antedicha diligencia preparatoria. De forma específica, es posible apuntar hacia dos circunstancias concretas en las que la falta de conocimientos jurídicos afectaron al procesado: **a)** En varias partes de su sentencia, el juzgador de apelación hace referencia a que el reconocimiento de firma y rubrica fue efectuado "... habiendo precedido el juramento, solemnidad que no resultaba aplicable para este tipo de diligencias, ya que no consta prevista en las normas que controlan su desarrollo; esto es, los artículos 64, 65, 195, 196, 197 y 198 del Código de Procedimiento Civil, de cuyo contenido no se le podía exigir conocimiento a Diego Jaramillo Borja, en tanto no es abogado; y, **b)** También en el fallo de apelación, se hace referencia al testimonio del procesado, dentro del que se explica, que la negativa de dicho sujeto procesal a reconocer como suya la firma inserta en el denominado "certificado de ingresos" del acusador particular, devino de que "... estaba leyendo un documento falso, que el contenido es falso, que no ha tenido sociedad con nadie, que Medicvalle es persona natural...", cuestiones que no deberían haber influido en su manifestación de voluntad, en tanto el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil claramente dispone que en el reconocimiento de firmas, no resulta "... necesario que se declare ser verdadera la obligación, o cierto el contenido del documento", confusión que tampoco le puede ser atribuida al procesado, al no ser un profesional del derecho.

Expuestos los razonamientos que anteceden, este Tribunal de Casación concluye que, al menos para efectos de la causa que ahora se conoce, era necesario que se permita al procesado Diego Jaramillo Borja contar con su abogado, durante el reconocimiento de la firma estampada en el documento que el fallo impugnado denomina "certificado de ingresos", lo que al no haber ocurrido, determina la invalidez de dicha diligencia, según lo dispuesto por el artículo 76.4 de la Constitución de la Republica, que determina: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". La garantía constitucional vulnerada en este caso, es la contenida en el artículo 76.7.g) *ejusdem* (defensa técnica), interpretada al tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia devenida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que los órganos jurisdiccionales nacionales nos vemos vinculados, según lo dispuesto en el artículo 424, segundo inciso, de la norma jurídica suprema. Habiéndose determinado la ilegalidad del reconocimiento de la firma de Diego Jaramillo Borja, es procedente afirmar que el juzgador de segundo nivel ha cometido, al emitir su fallo, una contravención expresa del artículo 76, numerales 4 y 7.g), de la Constitución de la República, que termina por afectar, también, la posibilidad de encuadramiento de la conducta del procesado al tipo penal contenido en el artículo 354 del Código Penal, en tanto tal subsunción dependía de la validez que ahora ha perdido la anteriormente mencionada diligencia preparatoria, causándose en el fallo una segunda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

contravención expresa, esta vez, del citado artículo de la norma sustantiva penal.

Los efectos de estos errores de derecho tienen incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado, en tanto permiten revertir la decisión judicial de una condena a una ratificación de la inocencia del procesado Diego Jaramillo Borja, lo que no solo torna innecesaria la respuesta al resto de cargos que tal sujeto procesal propuso durante la audiencia de fundamentación, sino también de aquellos constantes en el recurso de casación propuesto por el acusador particular Arturo Gross, ya que ellos se basan en aumentar una pena privativa de la libertad que resulta inexistente tras la absolución del procesado.

3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Pichincha, el 8 de septiembre de 2015, a las 14h15, con la finalidad de corregir los errores de derecho contenidos en su texto; en específico, la contravención expresa de los artículos 76, numerales 4 y 7.g), de la Constitución de la República y 354 del Código Penal. En consecuencia de lo anterior, se ratifica el estado de inocencia del procesado Diego Femando Jaramillo Borja y, por tanto, se deja sin efecto todas las medidas cautelares dispuestas por los jueces y tribunales de instancia.- **Notifíquese y Cúmplase.-**

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

XI

Resolución nro. 2446-2016
Juicio nro. 964-2015

Juicio penal por abuso de confianza, seguido por la Fiscalía General del Estado contra Lema Naula María Elena

SÍNTESIS

El Tribunal Primero de lo Penal de la Provincia de Cañar, el 1 de abril de 2015, a las 10h27, declaró sentencia condenatoria en contra de Lema Naula María Elena como autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal (abuso de confianza), imponiéndole la pena modificada de un año de privación de la libertad. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pichincha de Justicia de Cañar, el 30 de junio de 2015, a las 17h11, modifica el fallo de primer nivel, y, ratifica el estado de inocencia de la señora Lema Naula María Elena. El fiscal de la causa, doctor Jorge Vélez Rodas, interpone recurso de casación. El viernes 23 de diciembre del 2016, las 14h52, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional, casa la sentencia recurrida, por haberse contravenido el texto del artículo 560 del Código Penal, declarando a la procesada María Elena Lema Naula responsable del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal en calidad de autora, a quien se le impone la pena de un año de privación de la libertad.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 964-2015

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, viernes 23 de diciembre del 2016, las 14h52.-

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

1. ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal

El fiscal de la causa, doctor Jorge Vélez Rodas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de 30 junio de 2015, a las 17h11, que ratifica el estado de inocencia de la procesada María Elena Lema Naula, modificando de esta forma el fallo de primer nivel, emitido por el Tribunal Primero de lo Penal de dicha provincia, el 1 de abril de 2015, a las 10h27, en cuya parte dispositiva, inicialmente, se la declaró autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal (abuso de confianza), imponiéndole la pena modificada de un año de privación de la libertad.

Respecto a la decisión adoptada en segunda instancia, consta el siguiente razonamiento en el fallo impugnado:

> ... de la especie no se encuentra que la procesada, de manera fraudulenta hubiere disparado o distraído los dineros recibidos de Petroecuador, es decir, que los haya malgastado o que se haya aprovechado de ellos, aún más cuando de su propia declaración se desprende [...] que ella si está dispuesta a entregar el dinero a sus mandantes, pero siempre y cuando un perito liquidador, establezca la cantidad a entregar, luego de una operación lógica de suma y resta de los haberes por ella erogados en el ejercicio de su mandato; de lo analizado se puede colegir que no ha existido entonces un uso diferente a lo dispuesto en el mandato, peor aún en forma fraudulenta, pues no se ha probado del proceso que María Elena lema Naula, haya hecho mal uso del supuesto dinero, el cual ni siquiera ha sido demostrado que no existe en su cuenta bancaria, donde Petroecuador procedió a depositarlo. Por lo que, en sentido amplio, la relación existente entre el resultado y la acción, que

permite afirmar que aquel ha sido producido por esta, no se encuentra que se ha dado; es decir, el nexo causal no se encuentra justificado, pues no se ha verificado que el resultado del delito imputado a la procesada, se haya producido como producto de su acción, ya que para ello, era necesario determinar si aquella -la procesada- aparece ligada a ésta por una relación de causalidad, de tal manera que se pueda predicar la existencia de un vinculo que causa efecto entre uno y otra. Un aspecto que el Tribunal toma en consideración, radica precisamente en el texto de la norma legal, de la que se colige claramente que en el tipo penal de abuso de confianza debe demostrarse además que los bienes deben haber sido entregados a la procesada, lo cual efectivamente no se encuentra demostrado, es decir, no se encuentra probado que los cincuenta y seis mil con ochenta y nueve dólares hayan sido entregados por parte de quienes fungen en calidad de ofendidos, pues es necesario recalcar que ese dinero es producto del cumplimiento de lo dispuesto en el mandato, del cual, según lo dispuesto en el Art. 2059, el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.

1.2 Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por a Fiscalía, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en la que se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el fiscal de la causa, doctor Jorge Vélez Rodas.
- Sorteo de la causa Nro. 964-2015, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Jorge Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: la doctora Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General del Estado; y, el doctor Wilson Camino, defensor público de la procesada María Elena Lema Naula.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación por la Fiscalía General del Estado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la doctora Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General del Estado, esgrimió Los siguientes cargos en contra de la sentencia del Tribunal de Apelación:

- **Contravención expresa del artículo 560 del Código Penal.-** La delegada de la acusación pública manifestó, que al momento de adecuar los hechos del caso al tipo penal imputado a la procesada, los juzgadores de segundo nivel afirmaron que uno de los elementos constitutivos de la infracción no había sido demostrado, en tanto no fueron las víctimas quienes entregaron el dinero a la procesada, sino Petroecuador. En este análisis, el error del juzgador, a criterio de Fiscalía, recae en que no se tomó en consideración que los perjudicados le otorgaron un poder general a la acusada, para que obtenga el dinero que Petroecuador les adeudaba, pactando además que debía serles devuelto tras esta primera diligencia, por lo que al no haberse cumplido con lo que estipulaba el mandato, en tanto la procesada se apropió del dinero de las víctimas, procedía la aplicación del tipo penal de abuso de confianza.
- **Contravención expresa del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República.-** La delegada del señor Fiscal General del Estado, expresó que el fallo impugnado no guarda la lógica necesaria para cumplir con los parámetros de motivación fijados por la norma jurídica suprema, ya que carece de una estructuración sistemática y ordenada que permita arribar a conclusiones razonables.

Como consecuencia de su argumentación, la delegada del Fiscal General del Estado, sin pronunciar petición subsidiaria, solicita que se declare la nulidad de la sentencia impugnada, puesto que carece de motivación.

1.4 Contestación del recurso por parte de la procesada María Elena Lema Naula

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Wilson Camino, defensor público de la procesada, esgrimió los siguientes argumentos para dar contestación al recurso de casación planteado por la acusación pública:

- No existe vulneración del artículo 560 del Código Penal, pues el Tribunal de Apelación es claro en manifestar que no se probó que la procesada hubiese disipado de manera fraudulenta, los dineros obtenidos de Petroecuador. Además, al ser el dinero producto de un mandato, según el artículo 2059 del Código Civil, se tenía que efectuar la rendición de cuentas previo a la entrega del dinero, que es lo que solicita la procesada que se efectúe, para poder obtener el pago por su intervención como mandataria.

- No se indicó, al momento de fundamentar el recurso, el considerando del fallo en que se encuentra el error, ni en qué influyó al momento de resolver la causa.
- Respecto a la falta de motivación, no podría ser declarada en este caso, puesto que la sentencia impugnada cumple con los estándares dela Constitución, fijados en el artículo 76.7.1) de su texto; además, reúne las característica de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, necesarias para cimentar la validez del fallo.

En virtud de la contestación que se describe *supra*, la defensa de la procesada solicita que el recurso de casación interpuesto por la acusación pública sea declarado improcedente.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 30.1 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley, además de los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Juez Nacional Ponente; y, los doctores Jorge Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

2.2 Análisis de los cargos propuestos por la Fiscalía General del Estado

2.2.1 Contravención expresa del artículo 76 7 1) de la Constitución de la República

Este Tribunal de Casación ya se ha pronunciado en anteriores fallos, en el sentido de que el cargo de falta de motivación puede y debe ser tratado en esta sede, con anterioridad al análisis de cualquier argumentación relativa a la aplicación o interpretación de la ley por parte de los juzgadores de apelación, y ello, debido a que:

> ...la casación es una confrontación entre la legislación vigente y la sentencia de última instancia, por lo que la falta de motivación en esta última, inevitablemente imposibilitará la labor analítica del órgano jurisdiccional encargado de resolverla, al no contar con los razonamientos del juzgador de apelación que lo han llevado a decidir de una u otra manera[1].

Empero, si bien se puede tratar un cargo como el actual en esta sede, es necesario fijar los límites de la competencia del Tribunal de Casación, y para ello, se debe hacer una distinción entre las categorías de falta de motivación y motivación errada:

> ...no se puede tomar como circunstancias iguales o similares a la falta de motivación y a la motivación errada; diferenciamos los dos conceptos de la siguiente manera: **a) La falta de motivación se da porqué de plano esta inexistente, o por que uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo de juzgador**; en estos casos, es aplicable el articulo 76.7.1) de la constitución de la Republica, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica; **b)** Cuando la motivación está presente en el fallo, porque el juzgador ha expresado los resultados de la valoración probatoria y ha aplicado sobre ellos el derecho que ha creído pertinente, la norma constitucional deja de tener aplicación con la finalidad de anular el fallo, aunque estos sean errados, pues no prevé La posibilidad de efectuar esta actividad, en una sentencia en la que los argumentos del juzgador estén alejados de la realidad fáctica que han demostrado las pruebas, o del sentido y alcance que ha sido determinado por el legislador, para las normas jurídicas que ha aplicado el órgano jurisdiccional al resolver el caso; en estos supuestos, lo que se configuran son errores de hecho y de derecho, que si bien recaen sobre la motivación, no la vuelven inexistente, sino errónea, falencias que pueden ser resueltas mediante el recurso de apelación (para los errores de hecho), o el de casación (para los errores de derecho), pero no por la declaratoria de nulidad prevista del artículo 767.1) de la Constitución[2] (énfasis fuera del texto).

[1] 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. 402-2015. *Estado Ecuatoriano Vs. Nicola Villacrés* (Peculado).

[2] 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. 608-2013. Estado Ecuatoriano Vs. Lasso et al. (Plagio).

Establecido lo anterior, la actividad de este órgano jurisdiccional se debe limitar a constatar si el fallo impugnado posee fundamentos fácticos y jurídicos, lo que se procede a efectuar a continuación, tomando en consideración su contenido.

Respecto a los fundamentos fácticos del juzgador de segundo nivel, este órgano jurisdiccional observa que se encuentran en los considerandos séptimo y noveno de su sentencia. En el primero de los considerandos nombrados, el juzgador describe el contenido de todos los medios probatorios practicados en la audiencia de juzgamiento; mientras que en el segundo, establece las conclusiones que de esos elementos de prueba logra extraer, con relación al primero de los presupuestos necesarios para dictar una decisión de condena, esto es, la materialidad de la infracción.

En cuanto al mentado presupuesto de condena, el juzgador de apelación determina que "...no se encuentra que la procesada, de manera fraudulenta, hubiere disipado o distraído los dineros recibidos de Petroecuador..."; que "...no se ha probado [...] que María Elena Lena Naula, haya hecho un mal uso del supuesto dinero, el cual ni siquiera ha sido demostrado que no existe en su cuenta bancaria..."; y, "...que no se encuentra probado que los cincuenta y seis mil con ochenta y nueve dólares hayan sido entregados

por parte de quienes fungen en calidad de ofendidos, pues [...] ese dinero es producto del cumplimiento del mandato...". Estas conclusiones probatorias, son las que han servido de "...antecedentes de hecho...", en términos del articulo 76.7.1) de la Constitución de la República, para que el Tribunal de Apelación efectúe su ejercicio de subsunción, y permiten afirmar que existe una motivación fáctica.

Ya en cuanto a la motivación jurídica de la sentencia recurrida, consta en su integridad en el considerando noveno, en el que el juzgador de segundo nivel empieza por describir los elementos que configuran el tipo penal de "abuso de confianza", enfatizando en el verbo rector como elemento de la tipicidad objetiva. Luego de este análisis, el órgano jurisdiccional de apelación establece que las conclusiones probatorias mencionadas *supra*, impiden considerar a la conducta imputada como un "abuso de confianza", en tanto hay elemento constitutivos del delito que no constan como probados; entre ellos, que la procesada "...de manera fraudulenta hubiere disipado o distraído los dineros recibidos de Petroecuador...", y, "...que los bienes deb[í]an haber[le] sido entregados...", con lo que cumple la actividad de "...enuncia[r] las normas [...] en que se funda...", principalmente el artículo 560 del Código Penal, así como de "...explicar la pertinencia de su aplicación...", o en este caso, de su no aplicación al caso concreto.

Una vez desarrollado el examen que antecede, este órgano jurisdiccional constata que existe fundamentación en el fallo que se impugna, por lo que resulta imposible declarar su nulidad constitucional, con base al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, lo que determina la improcedencia del primer cargo planteado por la Fiscalía General del Estado.

2.2.1 Contravención expresa del artículo 560 del Código Penal

Para fundamentar este cargo, la delegada del señor Fiscal General del Estado manifestó que el análisis de adecuación típica efectuado por el Tribunal de Apelación es errado, pues se centra en que las víctimas no entregaron personalmente el dinero a la procesada, sino que lo hizo Petroecuador. En tal sentido, no se toma en cuenta, a criterio de la acusación pública, que entre las mentadas partes existía un mandato que obligaba a la acusada a devolver el dinero de las víctimas, una vez que éste hubiese sido entregado por Petroecuador, lo que convierte a su conducta en una infracción punible.

Este órgano jurisdiccional, en razón de la fundamentación del cargo, considera adecuado, en primer lugar, citar el contenido del artículo 560 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de confianza:

> **Art. 560 CP.-** El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

De estos elementos constitutivos del delito, el juzgador de segundo nivel, en el considerando noveno de su fallo, se cuestiona la existencia de tres de ellos:

- El elemento de la **entrega** del dinero, en tanto establece que "...no se encuentra probado que los cincuenta y seis mil con ochenta y nueve dólares hayan sido entregados por parte de quienes fungen en calidad de ofendidos...".

- El elemento de la **disipación o la distracción** de los fondos, puesto que la procesada "...si está dispuesta a entregar el dinero a sus mandantes, pero siempre y cuando un perito liquidador, establezca la cantidad a entregar, luego de una operación lógica de suma y resta de los haberes [...] erogados en el ejercicio de su mandato…".
- El elemento del **fraude**, en tanto "...no se ha probado del proceso que María Elena Lema Naula, haya hecho un mal uso del supuesto dinero, el [que] ni siquiera ha sido demostrado que no existe en su cuenta bancaria, donde Petroecuador procedió a depositario".

Identificados los puntos por los que el juzgador de segundo nivel considera que la conducta de la procesada no se adapta al tipo penal de abuso de confianza, es menester de este órgano jurisdiccional comprobar su validez, empezando por el elemento de la entrega, que el juzgador de segundo nivel arguye no existió, en tanto no fueron las victimas de la infracción quienes le entregaron el dinero a la procesada, sino la empresa pública Petroecuador.

Al respecto, el Tribunal de Casación observa un error en la interpretación que el Tribunal de Apelación le da al elemento en estudio, en tanto sus miembros opinan que esta acción solo se puede ejecutar, como elemento del delito estudiado, cuando, personalmente, la víctima coloca sus bienes a cuidado del infractor, lo que no resulta cierto, pues "[l]a entrega puede haberse hecho a través de varios títulos o modalidades, que implican en todo caso la obligación de restituir el bien o darle el uso acordado"[3].

Siguiendo la ilación lógica planteada supra, el mandato otorgado en favor de María Elena Lema Naula guarda las características de una entrega, en el sentido dado por el tipo penal analizado, ya que a través del mentado negocio jurídico, se ha autorizado a un deudor de los mandantes, a que entregue el valor adeudado a la procesada, con la finalidad de que ella lo restituya a los acreedores en partes iguales; es decir, que si bien la entrega del dinero no se efectuó personalmente de mandante a mandatario, contó con la confianza y aprobación del titular de su propiedad, en aras de buscar un fin específico de restitución.

En definitiva, lo importante del elemento de la entrega no es que sea de propia mano, sino que mediante ella el infractor quede obligado con la víctima a cuidar aquello que es entregado, ya sea porque es necesario restituirlo o porque existe una finalidad específica a cumplirse, escenario al que se adaptan en perfecta forma los mandatos, en tanto ellos implican, según el artículo 2020 del Código Civil, que "...una persona confí[e] la gestión de uno o más negocios a otra...", como en este caso ha sido el cobro de la deuda de las victimas por parte de la procesada, para luego del pago entregársela a ellas.

Comprobada la existencia de este primer requisito, corresponde determinar si entregados los bienes de las víctimas, la procesada los disipó o distrajo; para ello, es necesario aclarar que al referirse al primer verbo mencionado, el tipo penal en análisis implica "...[m]alversar, despilfarrar [o] desvanecer"[4], mientras que el segundo, se utiliza para dar a entender las actividades de "[m]alversar, defraudar [o] cambiar de fin u objeto arbitrariamente"[5]. Explicado lo anterior, queda claro que la conclusión a la que llega el juzgador de apelación es errada, al afirmar que "...no se encuentra que la procesada [...] hubiere disipado o distraído los dineros recibidos de Petroecuador...", pues de la propia sentencia impugnada, en su considerando séptimo, se desprende que la procesado afirmó que "...ten[ía] gastos...", y que si bien en un inicio "...les iba a dar cinco mil dólares a cada uno [de los mandantes] [...] por los gastos que se dieron no pud[o] darlos...", lo que termina por adaptar su conducta al verbo disipar, en tanto de la imposibilidad de pago deviene que "... los cincuenta y seis mil con ochenta y nueve dólares [...] producto del cumplimiento de lo dispuesto en el mandato...", que se mencionan en el considerando noveno del fallo recurrido, ya no están en poder de la procesada, al haber sido gastados por ella.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[3] ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. Manual de Derecho Penal, Tomo II Parte Especial. Ediciones Legales. Quito, Ecuador. año 2011. Pág. 450.
[4] TORRES CHÁVEZ, *Efraín. Breves Comentarios al Código Penal, Tomo IV'*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. Año 2012. Pág. 142.
[5] *Idem.*

Cumplido este segundo requisito para la adaptación de la conducta de la procesada al tipo penal que se le imputa, solo resta verificar si la disipación cometida por María Elena Lema Naula fue fraudulenta; en tal sentido, corresponde especificar que "... la palabra debe entenderse como sinónimo de dolosamente. Es decir, que el sujeto activo, a sabiendas, distrae o disipa los bienes que se le entregó..."[6], elemento subjetivo que seguirá existiendo pese a la validez del negocio jurídico inicial, pues precisamente la característica trascendental que diferencia al abuso de confianza de la estafa, es la legitimidad con la que se entrega la cosa disipada o distraída, devenida de que "... por lo general existe algún vínculo entre el sujeto activo y el pasivo..."[7]

En vista de lo anterior, se encuentra error también en la conclusión del Tribunal de Apelación sobre la inexistencia del fraude, pues tal elemento se desprende de que:

- Según lo citado supra, el dinero de las victimas ya no se encuentra en manos de la procesada, por los "gasto" que alega haber tenido; pese a ello, ha intentado convencer a los sujetos pasivos del delito de que la razón por la que no se les entregaba el dinero, es que ella pretendía iniciar un juicio de rendición de cuentas, lo que no solo no les devolvería el dinero ya disipado, sino que resultaba de imposible accionar para María Elena Lema, en tanto los artículos 660 al 665 del Código de Procedimiento Civil (norma que hubiese sido aplicable a la fecha de cometimiento de los hechos) determinan que la persona a la que se le puede exigir rendir cuentas, por estar a cargo de negocios ajenos, es el sujeto pasivo en esta clase de juicios.
- Ya en cuanto a los "gastos de la procesada", en el considerando séptimo de su fallo, el propio juzgador de segundo nivel hace constar que durante el relato de María Elena Lema, ella dijo que era "... pobre, sola [y que] ten[ía] gastos...", por lo que al no haberle pagado sus mandantes el valor que le representó llevar adelante el mandato, se valió para solventarlos de los cincuenta y seis mil ochenta y nueve dólares pagados por Petroecuador; en otras palabras, utilizó el dinero de las víctimas a libre disposición, como si fuera suyo.

De lo explicado, se desprende que la procesada, escudándose en la falta de inicio de acciones procesales de las que ni siquiera era titular, ha evitado devolver el dinero pertenecientes a sus mandantes, para poder utilizarlo en solventar sus gastos personales, en claro conocimiento del perjuicio que les estaba causando a los sujetos pasivos de la infracción, por lo que se tiene por justificado el último requisito necesario para la aplicación del articulo 560 del Código de Procedimiento Penal al caso concreto; lo que al no haberse efectuado, deviene en una contravención expresa de su texto y en la aceptación del cargo propuesto por la Fiscalía General del Estado.

3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al tenor del articulo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, el 30 de junio de 2015, a las 17h11, por haberse contravenido en ella el texto del artículo 560 del Código Penal; y, para solventar este error de derecho, se declara a la procesada María Elena Lema Naula responsable penalmente, en calidad de autora del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en la antedicha norma jurídica, imponiéndole, en consecuencia, la pena de un año de privación de la libertad. Como forma de reparación a las víctimas, se ordena que la procesada les entregue la cantidad de cincuenta y seis mil ochenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América, que deberá ser dividida para entregárselas en partes iguales, más los

[6] ALBÁN GÓMEZ, *Ernesto. Óp. Cit. Supra.* Pág. 450.
[7] PÉREZ BORJA, Francisco. *Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tercera Parte, Tomo II* Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. Año 2009. Pág. 135.

intereses que se hayan generado desde que debía efectuarse el pago a los entonces mandantes, hasta la actualidad.- Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen.- **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; Dr. Jorge BIum Carcelén, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2016

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 389-2015
Juicio nro. 102-2016

Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por:
Luis Alberto Barrera Martinez, en contra de:
"Dirección Distrital de Salud Nro. 14 D01, de Morona Santiago"

SÍNTESIS

El señor Luis Alberto Barrera Martínez, propone la demanda contra el DIRECCIÓN DISTRITAL DE SALUD NRO. 14 D01, DE MORONA SANTIAGO, arguye que laboró para la entidad demandada y que se lo despidió de su trabajo, por lo que demanda el pago de las indemnizaciones laborales, el juez de primera instancia analizadas las pruebas acepta parcialmente la demanda formulada por el actor y dispone que la entidad demandada pague al actor despido intempestivo, desahucio y los intereses serán calculados al momento de la correspondiente liquidación. Inconformes con esta resolución la parte demandada, Procuraduría General del Estado y el actor, interponen recurso de apelación, el juez de instancia luego de un análisis rechaza las apelaciones interpuestas y absolviendo la consulta, confirma la sentencia emitida por la Jueza A-quo, sin costas ni honorarios que regular. Inconformes con esta resolución el actor, la entidad demandada y la Procuraduría General del Estado interponen recursos de casación, siendo admitido a trámite únicamente el recurso propuesto por la Procuraduría General del Estado, quien fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, este Tribunal llega a la conclusión que el desahucio practicado al actor es improcedente e ineficaz, pues el primer contrato de trabajo tenía el plazo mínimo de un año y si no se produjo la notificación del desahucio por parte del empleador con al menos treinta días de anticipación, a esa fecha el contrato pasó a ser indefinido, tanto más la Ley prohíbe suscribir más de un contrato a tiempo fijo. Por lo que se desechan los cargos formulados a través de la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por las consideraciones que anteceden no casa la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Morona Santiago.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 102-2016

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 1 de febrero del 2016, las 10H00.-
VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Luis Alberto Barrera Martínez en contra de la Dirección Distrital de Salud No.14 D01 a través de la Sra. Olga María Amboya Chuto, en calidad de Directora Distrital de Salud No. 14 D01; del doctor Oswaldo Suárez Díaz, en calidad de Director Provincial de Salud de Morona Santiago; del doctor Marco Vinicio Freire Argudo, en calidad de Coordinador Zonal de Salud No. 6; de la doctora Carina Vance Mafla, en calidad de Ministra de Salud Pública; y del Procurador General del Estado. La parte actora, demandada y el Procurador General del Estado, interponen recursos de casación de la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago de 10 de diciembre de 2014, las 13h58, que rechaza las apelaciones interpuestas y confirma la sentencia emitida por la jueza a-quo. Mediante auto de 26 de octubre de 2015 a las 15h18, la Dr. Alejandro Arteaga Garcia, Conjuez de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admite a trámite únicamente

el recurso de casación de la Procuraduría General del Estado; encontrándose en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación, por lo que corresponde a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado conforme a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, como consta de la razón que obra del expediente.- Integra el Tribunal el señor Dr. Carlos Ramírez Romero, conforme el of. No. 15-SG-CNJ de 12 de enero de 2016.- SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: El recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. La norma que considera infringida es el artículo 41 del Código Orgánico Monetario y Financiero. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. El recurso de casación se fundamenta en los siguientes cargos: 2.1.- CAUSAL PRIMERA: El recurrente alega que el Tribunal Ad quem, no ha considerado el artículo 41 del Código Orgánico Monetario y Financiero y que su aplicación es importante, ya que las Instituciones del sector público realizan sus pagos mediante el sistema de pagos interbancarios del Banco Central del Ecuador; y que todo servidor público sujeto a la LOSEP y trabajadores amparados por el Código del Trabajo, reciben su sueldo o remuneración mediante el sistema de pago interbancario, no por opción sino por imperativo legal, ya que no es facultativo para las Instituciones del Estado, depositar o dar personalmente tales valores. Que, la fundamentación de los jueces de instancia, se basa en que no se ha depositado los valores correspondientes a la liquidación por desahucio del ex trabajador; pero de la verificación del expediente de desahucio consta que existía la disponibilidad presupuestaria y que se ha enviado la información al Banco Central, pero si el depósito no ha llegado en el tiempo previsto, no es por culpa de la Dirección Distrital de Salud, ya que quien debía finalizar con la transacción económica era el Banco Central del Ecuador; y por lo tanto no se puede condenar al pago de indemnizaciones por despido intempestivo. Que, siendo indispensable considerar en la sentencia dicho artículo y de haberse aplicado correctamente, se habría considerado que la Dirección Distrital de Salud No. 14 D01 es un ente del sector público que, además de cumplir con las obligaciones del Código del Trabajo, tiene que acatar las disposiciones de las leyes orgánicas que regulan su funcionamiento, por ello al enviar la información al Banco Central, demuestra que se ha cumplido a cabalidad con el pago de desahucio en el término previsto. Que, además con la aplicación de este artículo hubiera devenido como conclusión que el desahucio surtió los efectos legales y que por lo tanto no existe despido intempestivo del trabajador, debido a que se terminó la relación laboral por cumplimiento del plazo pactado en el contrato; cancelando el rubro de desahucio. Que, la Sala de Instancia de manera errada pretende que la entidad demandada cancele dos veces un valor que ya ha sido depositado al trabajador. TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; este recurso tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El tratadista Humberto Fernández Vega, señala que: "El recurso de casación, en su base política y jurídica, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en esta misión, al ser ejercida por un mismo y sólo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto de la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se pueden inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la ley". (Fernández Humberto, El recurso extraordinario de Casación Penal, Leyer Editorial, Bogotá - Colombia, pág. 79).- El autor Luis Armando Tolosa Villabona señala respecto a la casación que: "..., el marco filosófico político de la Casación en general, permite deducir que este recurso no sólo en Colombia, sino en el derecho

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

occidental, tiene como finalidad la defensa de las garantías fundamentales en cuanto pretende defender el principio de legalidad y el debido proceso frente a la arbitrariedad de las decisiones judiciales en la aplicación de la ley material o procesal." (Tolosa Luis, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá - Colombia, 2005, pág. 87). CUARTO.- Análisis del recurso de casación. Motivación: Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra 1) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida. El tratadista Michele Taruffo sobre la motivación expresa:... "el <contenido mínimo esencial> de la motivación equivale a lo que ha sido definido como justificación en primer grado. En síntesis, la misma comprende: 1) la enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprende de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados, (...); 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas. La necesidad de estas tres categorías de requisitos para la existencia de la motivación podría justificarse analíticamente, pero es suficiente recordar lo que se ha sostenido en materia del modelo general de la motivación; lo único que falta añadir es que todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno solo de ellos es suficiente para imposibilitar el control externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en torno del fundamento racional de la decisión." (Taruffo Michele, La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407-408). Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: 4.1.- ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.".- Corresponde a los errores que en Doctrina se conocen como "in judicando", es decir, de juzgamiento, cuando ha existido en el fallo la violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios. La infracción de una norma de derecho se produce cuando el juzgador no ha efectuado la correcta subsunción de los hechos en el contenido hipotético, abstracto o genérico de la norma; cuando la jueza, juez o tribunal de instancia da por ciertos determinados hechos materia de la litis, realiza un ejercicio de lógica jurídica al establecer si aquellos encajan o no en la hipótesis de la disposición legal que sería aplicable al caso y las consecuencias que aquella ha establecido, para sustentar su decisión. Esta causal contempla tres diferentes tipos de infracción, que son autónomos e independientes entre sí, por ello el casacionista deberá identificarlos con absoluta precisión; estos son: a) aplicación indebida, que se produce cuando el juzgador elige una norma que no corresponde al caso que se está juzgando, que no se relaciona con los hechos materia de la litis; b) falta de aplicación, es un error de omisión, ya que el vicio consiste en que el juzgador no aplica la norma que efectivamente corresponde al caso materia del litigio; y, c) errónea interpretación está constituida por una equivocación de hermenéutica jurídica, en tal caso el juez ha elegido correctamente la norma aplicable al caso, pero al interpretarla le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al texto de la Ley, dando como resultado una consecuencia distinta a la prevista en la norma. Es

importante señalar que bajo esta causal no corresponde analizar los hechos, ni las pruebas; pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Otro aspecto importante en esa causal, es que el error sea relevante en la decisión de la causa, es decir, que si no hubiere incurrido en la equivocación, el resultado en la sentencia habría sido distinto.- 4.1.2.- Con respecto a la causal primera de casación, la recurrente manifiesta que en la sentencia de segunda instancia se ha dejado de aplicar la norma del artículo 41 del Código Orgánico Monetario y Financiero que dispone: "Operaciones financieras del sector público no financiero. Las instituciones, organismos y empresas del sector público no financiero deberán efectuar por medio del Banco Central del Ecuador, o las cuentas de este, todos los pagos que tuvieren que hacer, así como todas las operaciones financieras que requieran, de acuerdo con las regulaciones y excepciones que dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Las entidades del sector público no financiero no podrán realizar inversiones financieras, con excepción del ente rector de las finanzas públicas, las entidades de seguridad social, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, y la Corporación de Seguros de Depósitos y Fondo de Liquidez, salvo autorización expresa de la Junta. Las operaciones cursadas por las instituciones públicas o empresas públicas, a través del Banco Central del Ecuador, como agente financiero del Estado, ya sea en el país o en el exterior, son de naturaleza pública. La inobservancia de lo dispuesto en este artículo será sancionada de acuerdo a la ley." Al respecto, este Tribunal de Casación considera que la norma antes transcrita es clara al disponer que todo pago o transacción financiera que deban realizar las instituciones, organismos y empresas del sector público no financiero, deberá hacérselo a través del Banco Central del Ecuador; lo cual significa que en este caso la consignación de la liquidación que por desahucio debió efectuar la parte empleadora, cuando se trate de una institución pública, necesariamente se realizará a través del Banco Central del Ecuador; pero observando lo que al respecto ordena imperativamente el inciso segundo del artículo 185 del Código del Trabajo, esto es, que dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación con el desahucio, el empleador deberá consignar el valor de la liquidación practicada por el inspector del trabajo; sin que esta disposición establezca excepción alguna, caso contrario, el desahucio no tendrá efecto legal alguno; en consecuencia, el contrato individual de trabajo a plazo fijo, pasará a constituir un contrato a plazo indefinido, con todas las garantías que aquello significa para el trabajador; de modo que, cuando a pesar de que el desahucio perdió efecto legal, el empleador procede a separar de su empleo al trabajador, como ocurre en el presente caso, se produce el despido intempestivo. Por lo tanto, no es suficiente que la institución pública tuviere los recursos presupuestarios suficientes y haya remitido la información al Banco Central del Ecuador como afirma el recurrente, si el pago de la liquidación no se efectúa dentro del plazo previsto en el artículo 185 del Código del Trabajo. Además, en el presente caso, no existe constancia procesal de que el Ministerio de Salud Pública, a través de la Dirección Distrital del Salud No. 14 D01, hubiere realizado oportunamente los trámites necesarios para la consignación de la liquidación que correspondía al trabajador, como inapropiadamente afirma el recurrente, sino copias certificadas de las planillas de pago de sueldos a los trabajadores a contrato desde octubre de 2011 a diciembre de 2013. Por otra parte, es necesario señalar que en el presente caso existen tres contratos de trabajo sucesivos celebrados entre el Ministerio de Salud Pública y el ex trabajador, Luis Alberto Barrera Martínez, el primero un contrato de trabajo a prueba celebrado por el plazo de dos meses, diecinueve días, desde el 17 de octubre de 2011 al 31 de diciembre de ese año; un segundo contrato a plazo fijo de un año desde el 3 de enero al 31 de diciembre de 2012; y, un tercer contrato también a plazo fijo de un año desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2013.- Sobre el particular, este Tribunal de Casación considera: a) De conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Código del Trabajo vigente a la época en que se estableció la relación laboral (octubre de 2011), el tiempo mínimo de duración de todo contrato por período fijo o a tiempo indefinido, será de un año, estableciendo esa norma en los casos de excepción: por obra cierta, eventuales, ocasionales, etc. Por su parte el artículo 15 del Código del Trabajo, dispone que en todos los contratos a los que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando se celebren por primera vez, podrá señalarse un período de prueba con una duración máxima de 90 días; y que vencido ese plazo, se entenderá que continúa vigente el contrato por el tiempo que faltare hasta completar un año. En consecuencia, de acuerdo con las disposiciones legales antes señaladas, todo contrato de trabajo (con

las excepciones allí establecidas), a plazo fijo, tiene una duración mínima de un año, aun cuando en el contrato se estipule lo contrario; pudiendo establecerse en ese contrato un período de prueba no mayor a noventa días, concluido el cual, el contrato continuará vigente por el tiempo que faltare hasta completar el año. De acuerdo con la normatividad antes señalada, el primer contrato que celebraron las partes que va del 17 de octubre al 31 de diciembre de 2011, por mandato legal tiene el plazo mínimo de un año, esto es hasta el 17 de octubre de 2012, con un período de prueba que venció el 31 de diciembre de 2011 según lo estipula el propio contrato y expresamente lo dispone el artículo 14 del Código del Trabajo, y si no se produjo la notificación de desahucio por parte del empleador, el Ministerio de Salud Pública, manifestando su voluntad de prescindir de los servicios del trabajador, con al menos treinta días de anticipación a esa fecha, el contrato automáticamente, por disposición de la ley, pasó a ser por tiempo indefinido, tanto más la ley prohíbe suscribir más de un contrato a tiempo fijo , lo que si ocurre en el presente caso. En consecuencia, el desahucio practicado el 29 de agosto de 2013 es improcedente e ineficaz, pues el contrato pasó a ser a tiempo indefinido.- Por la motivación expresada, se desechan los cargos formulados a través de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. DECISIÓN: Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, NO CASA la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, el 10 de diciembre de 2014 a las 13h58.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dr. Carlos Miguel Ramírez Romero, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

II

Resolución nro. 0198-2016
Juicio nro. 1162-2014

Juicio laboral de impugnación de resolución de Visto Bueno y Despido Intempestivo, propuesto por: GASTON FORTUNATO SARANGO RODRIGUEZ, en contra de: "COLEGIO SAN GABRIEL DE QUITO"

SÍNTESIS

El actor manifiesta que ha prestado los servicios para la entidad demandada, en calidad de Profesor, que laboró desde el 2 de mayo de 1998 hasta el 8 de junio de 2011, que su horario de trabajo fue de 07h00 a 14h00 de lunes a viernes y los sábados cuando se le requería, que no le han cancelado los beneficios de ley, que la entidad demandada presentó una solicitud de visto bueno, por la cual el actor la impugna la resolución de visto bueno a fin de que en sentencia sean condenados al pago de varios rubros que detalla en su demanda. El juez de instancia acepta parcialmente la demanda y ordena que la parte demandada pague al actor la cantidad de $14.590,60 (CATORCE MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES CON 60/100), valor que asciende los rubros mandados a pagar en el considerando cuarto y quinto de esta resolución. En la etapa de ejecución de la sentencia, de ser el caso, se calcularán los intereses del Art. 614 del Código del Trabajo en los rubros que corresponda. Inconformes con esta resolución los accionados interponen recurso de apelación, el demandado estuvo obligado a demostrar que cumplió con sus obligaciones laborales para con el accionante, al no existir dicho justificativo, corresponde ordenar el pago de la parte proporcional de décima tercera y cuarta remuneraciones; y los 8 días del mes de junio del 2011, con el triple de recargo. Con respecto a las vacaciones de los meses de julio y agosto del 2011 se las niega en razón de haber concluido la relación laboral el 08 de junio del 2011, se niega el pago de utilidades, por falta de prueba, con estos antecedentes el tribunal ad quem, acepta parcialmente el recurso de apelación y reforma la sentencia venida en grado, disponiendo que la entidad demandada pague al actor $ 1.335,02, por haberes laborales con intereses, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 614 del Código del Trabajo, Con costas, fijándose en el 5% de la cuantía. Inconforme con esta resolución el actor interpone recurso de casación y fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; argumenta que se han transgredido las siguientes normas de derecho: Arts. 11, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8; 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República, 4, 5, 7, 172 numeral 3, 185, 188, 621 y 636 del Código del Trabajo; Arts. 113, 114, 115 y 121 del Código de Procedimiento Civil. En el caso de estudio la notificación de petición de visto bueno al trabajador, se ha efectuado en un tiempo superior al previsto en el Art. 636 del Código del Trabajo, y no como se afirma en la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, de tal manera, que la acción de visto bueno se encontraba prescrita, por lo tanto de conformidad con la Resolución de 8 de marzo de 1990, publicada en el R.O. 412 de 6 de abril del mismo, no dictada por la Corte Suprema de Justicia, que establece: " en los casos que el Juez del Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo", por lo que el accionante tiene derecho a percibir la indemnización y bonificación previstas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, para cuyo efecto se tendrá como tiempo de servicios y remuneración, los establecidos por los jueces de alzada, de acuerdo al juramento deferido es decir desde el 2 de mayo de 1998 hasta el 8 de junio del

del 2011 y como última remuneración USD. 750,00, en consecuencia al verificarse la transgresión de las normas alegadas por el recurrente.- Se procede a efectuar el cálculo de los siguientes rubros: Despido intempestivo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 188 del Código del Trabajo; bonificación por desahucio de conformidad al Art. 185 ibídem. Por lo que este Tribunal de la Sala de lo Laboral casa parcialmente la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1162-2014

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-
Quito, jueves 31 de marzo del 2016, las 14h51.
VISTOS: El actor Gastón Fortunato Sarango Rodríguez; interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que reforma la de primer nivel y dispone el pago de la cantidad de USD. 1.335,02, por concepto de haberes laborales; dentro del juicio laboral que sigue en contra del Colegio San Gabriel de Quito.

I
JURISDICCION Y COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de fecha 28 de enero de 2015 integró sus seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia conforme lo dispone el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el R.O. Suplemento 38 de 17 de julio de 2013. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los proceso laborales según lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la Republica y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como del sorteo que obra del expediente (fs.5). Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente; doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional; y, doctor Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional.

II
FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El casacionista manifiesta, que los señores Jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, han transgredido las siguientes normas de derecho: artículos 11, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8; 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República; 4, 5, 7, 172 numeral 3, 185, 188, 621 y 636 del Código del Trabajo; artículos 113, 114, 115 y 121, del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

III
CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

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, su finalidad es 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. El artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, al referirse al derecho al trabajo dispone: *"1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual influye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada...* De tal manera, que el derecho al trabajo es de carácter universal, ya que todas las personas deben tener acceso a una fuente laboral lícita, la cual les permitirá obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades y por ende vivir con dignidad.

IV

4.1.- ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- Este Tribunal de Casación, acorde al mandamiento contenido en el artículo 76. 7, literal l) de la Constitución de la República, que establece: *"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"*; observa que la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución judicial. Por lo que, al emitir su pronunciamiento debe hacerlo sustentado en el ordenamiento legal vigente, así como, en los principios generales del derecho, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que las partes sientan esa certidumbre que otorga el obtener una sentencia motivada. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11-SEP-CC, del caso No. 1252-10-EP, respecto a la motivación señaló: *"Este derecho de motivación se articula plenamente 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, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces 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 determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. [...]".* El tratadista Fernando de la Rúa, sostiene que: *"El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el Juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados...". (*Fernando de la Rúa, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150). Por consiguiente, cumpliendo con la disposición constitucional anteriormente señalada, luego de analizar el recurso de casación, la sentencia impugnada, y confrontarla con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación. En atención al orden lógico en que deben analizarse las causales, se comienza por la causal tercera para proseguir con la primera de ser pertinente, y para hacerlo se considera: **4.1.1.- PRIMER CARGO.- CAUSAL TERCERA.-** Esta causal del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, efectuara el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la

concurrencia de los siguientes requisitos: **1.** Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes, y cualquier otra prueba admitida por la ley). **2.** Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. **3.** Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, **4.** Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. El recurrente alega al sustentar la causal tercera, que el tribunal *ad quem*, no analizó que el acto que se pretende sancionar está totalmente prescrito de conformidad con el artículo 636 del Código del Trabajo, pues el demandado solicitó visto bueno el 26 de mayo de 2011, siendo que el acto que se pretende sancionar se cometió el 28 de abril de 2011, es decir, presentó la solicitud de visto bueno dos días antes de que esta falta prescribiera aun tomando en cuenta lo que dispone el artículo 636 con respecto a la causal tercera del artículo 172 del Código del Trabajo; por lo que a criterio del casacionista, en atención a lo dispuesto por el Código del Trabajo y la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. N° 365 de 21 de julio de 1998, el visto bueno al haberse presentado dos días antes de prescribir, deviene en improcedente. Reafirma el recurrente, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 inciso segundo de la Ley de Casación, constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios y vinculantes para la interpretación y aplicación de las leyes, los fallos de triple reiteración, en consecuencia de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, parte que el debido proceso debe ser observado por los jueces, tribunales y autoridades administrativas. (Menciona algunos fallos, con los cuales pretende justificar que la resolución del inspector de trabajo, es ineficaz jurídicamente). Añade el recurrente, que la aplicación indebida de las normas jurídicas que fueron determinantes al momento de resolver la presente impugnación en favor de quien nunca se defendió, condujeron a la Sala a la aplicación indebida de normas sustantivas tales como: artículos 4, 5, 7 del Código del Trabajo; artículo 76 de la Constitución de la República, en cuanto al debido proceso, y que tampoco se aplicó los artículos 11 y 326 ibídem, lo que influyó en que dejara de percibir lo señalado en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo. Asimismo alega que se ha producido aplicación indebida de los artículos 11 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8; 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República; 4, 5, 7, 172 numeral 3, 185, 188, 621 y 636 del Código del Trabajo; artículos 113, 114, 115 y 121 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto considera que no ha valorado la prueba conforme lo ordena el artículo 115 ibídem, y, lo que es más, solo toma en consideración la apelación propuesta por el demandado y sin que éste haya aportado prueba que demuestre sus asertos.- Que no se tomó en consideración pruebas como la rebeldía en que incurrió el demandado, la declaratoria de confeso por no asistir a la audiencia definitiva con lo cual se demostró que la impugnación hecha al trámite de visto bueno no está bajo las normas de legalidad, y peor de justicia, pues la resolución de visto bueno aparejada al proceso no se encuentra motivada ni acorde a la realidad de los hechos el tiempo de servicio, los roles de pago con lo cual demostró cuál era su remuneración, en definitiva no tomó en cuenta pruebas debidamente aportadas como ordenan los artículos 113 y 114 del Código Adjetivo Civil. Añade, que presentó copias debidamente certificadas de todo lo sucedido dentro del trámite de visto bueno del cual se desprende que: *"Las denuncias en las cuales se basó la resolución no son documentos públicos por no estar reconocidas las firmas y rubricas de los supuestos denunciantes. b) Tampoco dentro de la investigación se receptaron testimonios que afirmen que el supuesto autor de dichos actos fue el demandante de la causa. c) Las redacciones de las supuestas denuncias son elaboradas para que el supuesto denunciante las firme y haga suya una denuncia que no le consta de verdad pues en una de ellas se afirma que se encontraban en el departamento tal y que se le señalo al autor de la demandado (sic) como el responsable de dicho cobro, es decir no se afirma en la denuncia que a esta persona se le entrego dichos valores y que él se haya dispuesto de los mismos etc";* y finalmente, que los demandados pese a estar en legal y debida forma citados, no han comparecido a la audiencia preliminar ni a la definitiva, razón por la cual fueron declarados confesos, con lo que a criterio del casacionista probó la existencia de la relación laboral y el despido intempestivo. Que respecto del valor de la confesión ficta existen fallos de triple reiteración (cita algunas sentencias).- Al respecto, este Tribunal de Casación, realiza las siguientes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

puntualizaciones: **a)** El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, establece que: *"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.";* y, por su parte los artículos 113 y 114 del mismo cuerpo legal, establecen la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado la contraparte; así como, la obligación de probar los hechos que se alegan. Es importante en el caso *sub lite* dejar anotado, que la falta de comparecencia por parte del demandado a la audiencia preliminar, de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, implica que no contestó la demanda, lo que al tenor del artículo 580 del Código del Trabajo, se tendrá como: *"negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda y se procederá en rebeldía, situación que será considerada para el pago de costas judiciales. [...]",* correspondiéndole por tanto, la carga de la prueba al actor. El tratadista Azula Camacho, respecto a la carga de la prueba, señala: *"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".* (AZULA CAMACHO, Jaime, (2008), "Manual de Derecho Procesal", Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, págs. 45-46). En el caso sub judice, el accionante precisamente a efecto de cumplir con la carga probatoria, y debido a que impugnó la resolución de visto bueno, incorporó al proceso el trámite administrativo que se llevó a efecto en la Inspectoría del Trabajo de Pichincha. **b)** En este orden de ideas, es necesario señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, previo el visto bueno por cualquiera de las causales determinadas en esta norma jurídica, entre éstas la del numeral 3: *"Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador",* como así ocurrió en el caso de la especie. No obstante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183 del mismo cuerpo normativo, la resolución de visto bueno constituye un mero informe, mismo que una vez impugnado ante los jueces del trabajo, debe ser analizado con criterio judicial, en conjunto con las otras pruebas incorporadas al proceso. Cabe mencionar que el visto bueno es una institución jurídica que "*se configura en un trámite administrativo-laboral por el cual se solicita, fundamentado en determinadas causas, la calificación de la causa justa para la terminación de la relación laboral, sea por parte del empleador como por el trabajador, y por tanto, para generar, como efecto jurídico, no la terminación del contrato de trabajo por sí mismo, sino la facultad de dar por terminada la relación laboral existente por la parte que lo solicitó, es decir propiciar una forma de "despido legal"* (González Carlos Martín, en el Diccionario de Derecho Laboral, Abogada Alexandra Herrera B. y doctor Alberto Jhayya S., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, págs. 183-184). De ahí que el trabajador en uso de la facultad conferida en la ley, impugnó ante los jueces del trabajo la resolución del Inspector del Trabajo, por cuanto consideró que la misma es ilegal, ya que se encontraba prescrita la acción del empleador para peticionar el visto bueno en su contra, entre otras cosas. **b)** Ahora bien, el artículo 636 literal b) del Código del Trabajo, dispone que: "*Prescriben en un mes estas acciones: b) La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato con el trabajador; y,",* tiempo que debe empezar a computarse al tenor de la Resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia, el 01 de julio de 1998, R.O. 365 de 21 de julio de 1998: *"desde la fecha en que el empleador o su representante tuvo conocimiento de los hechos.".* El tribunal ad quem en el considerando SÉPTIMO del fallo impugnado, refiriéndose a ésta prescripción especial, argumenta en la parte pertinente que: *"el tiempo para que opere la prescripción liberatoria de la acción de visto bueno según la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia y publicada en el R.O. N° 365 de 21 de julio de 1998, es a partir de la fecha en que el empleador a su representante (sic) tuvo conocimiento de los hechos y en este caso, se comprobó que esto sucedió el 28 de abril del 2011* ***y dicha solicitud fue presentada y notificada al accionante,*** *antes de que se cumpla el mes que refiere el Art. 636 literal b) del Código del Trabajo." (La negrita nos pertenece),* sin embargo, el casacionista alega por su parte, la prescripción de la solicitud de visto bueno amparado en el artículo 636 del Código del Trabajo, por lo que para efectuar el control de legalidad y a su vez garantizar la seguridad jurídica, se procede a verificar procesalmente lo acusado por el

casacionista, evidenciándose en el presente caso lo siguiente: 1.- Que el empleador tuvo conocimiento de los hechos que se le imputa al trabajador, el 28 de abril de 2011, como así se afirma en la solicitud de visto bueno.- 2.- La petición de visto bueno, fue presentada ante el Inspector del Trabajo, el 24 de mayo de 2011.- Siendo que con fecha 26 de mayo de 2011, a las 08h20, Mery Guillen Ordoñez, Inspectora de Trabajo de Pichincha, en providencia de fecha "26 de mayo de 2011, a las 08h20", señala en lo principal: *"previo a admitir a trámite se dispone: 1).- De acuerdo a lo que establece el Art. 69 inc. 2do del Código de Procedimiento Civil, dentro del término de tres días el actor presente original o copia certificada del documento que justifique en derecho la calidad en la que comparece, conforme lo establecido el Art. 68 numeral 3 ibídem. Hecho que sea, se atenderá conforme se solicita.- NOTIFIQUESE. f)"*, particular que se notifica en la misma fecha al casillero judicial señalado por Rolando Calle (empleador), cumpliendo con la exigencia en mención, el 01de junio de 2011, por lo que en providencia de fecha 02 de junio de 2011, a las 10h00, la señora inspectora señala: *"[...] El escrito presentado por la parte actora dando cumplimiento con lo solicitado agréguese al expediente, por estar de acuerdo con la ley se la acepta al trámite.- En lo principal atendiendo el mismo se dispone: 1) En aplicación al Art. 183, 545, atribución 5ta, y 621 del Código del Trabajo, con la copia de la solicitud de Visto Bueno que antecede y esta providencia notifíquese al trabajador en la dirección en ella mencionada, concediéndole el término de dos días para que conteste y previniéndole la obligación que tiene de señalar casillero judicial, con su contestación o sin ella realícese las investigaciones de Ley.- 2) A pedido de la parte empleadora luego de cumplir con las formalidades determinadas en el artículo 622 del Código del Trabajo, esto es el haber consignado el valor de USD $701,63 Dólares Americanos, equivalente a un mes de remuneración, esta autoridad dispone la suspensión inmediata de labores de (la) señor (a) GASTON FORTUNATO SARANGO RODRÍGUEZ, hasta la terminación del presente trámite. 3) Tómese en cuenta el Casillero Judicial señalado por el actor y la autorización otorgada a su Abogado.- NOTIFIQUESE"*, providencia con la que se notificó al trabajador, conforme consta de la razón (fs. 23 vta.), que expresamente dice: *"Hoy miércoles 08 de junio de 2011, siendo las 12H38 minutos, notifiqué Personalmente al señor GASTON FORTUNATO SARANGO RODRIGUEZ, con la petición de VISTO BUENO, presentada por R.P. ROLANDO CALLE S.J., con la providencia que antecede y en el lugar señalado para el efecto.-CERTIFICO.- f) Dra. Paola Andrea Espíndola Cevallos"*, en consecuencia, la notificación con la petición de visto bueno al trabajador, se ha efectuado en un tiempo superior al previsto en el artículo 636 del Código del Trabajo, y no como se afirma en la sentencia dictada por el tribunal ad quem, de tal manera, que la acción de visto bueno se encontraba prescrita, por lo tanto de conformidad con la Resolución de 8 de marzo de 1990, publicada en el R.O. 412 de 06 de abril del mismo, dictada por la Corte Suprema de Justicia, que establece: *"en los casos en que el Juez de Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo"*; por lo que el accionante tiene derecho a percibir la indemnización y bonificación previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, para cuyo efecto se tendrá como tiempo de servicios y remuneración, los establecidos por los jueces de alzada, de acuerdo al juramento deferido, esto es desde el 02 de mayo de 1998 hasta el 08 de junio del 2011 y como última remuneración USD. 750,00, en consecuencia, y al verificarse la transgresión de las normas alegadas por el recurrente, se procede a efectuar el cálculo de los siguientes rubros: Despido intempestivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del Código del Trabajo: USD. 750 x 14 años (la fracción de un año se tendrá como año completo de acuerdo a la norma en referencia) = USD.10.500,00; bonificación por desahucio de conformidad con el artículo 185 ibídem USD. 750 (25%) = USD. 187.50 x 13 años = USD. 2.437,50 **TOTAL:** USD. 12.937,50. **c)** En cuanto a que no se valoró la confesión ficta de los demandados, con la cual a criterio del recurrente ha probado la relación laboral y que la terminación de la misma, se produjo por despido intempestivo; este Tribunal de Casación, observa que sí bien este medio de prueba no fue analizado por parte de los juzgadores de alzada, lo cual constituye una omisión, no resulta trascendente y por tanto no incide en la decisión de la causa, en tanto no obliga a los juzgadores a tomar en consideración la confesión ficta de los demandados, pues el artículo 581 inciso cuarto del Código del Trabajo, dispone: *" En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al*

interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, ***a criterio del juez,*** *y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio. [...]"* (La negrita nos pertenece), disposición legal, de la que se advierte que la confesión ficta, es analizada de acuerdo al criterio del juzgador en relación con los otros medios de prueba, por consiguiente no existe la vulneración de los fallos de triple reiteración que alega infringidos el casacionista. **4.1.2.- SEGUNDO CARGO.- CAUSAL PRIMERA.-** La causal primera procede por "*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto que hayan sido determinantes de su parte dispositiva",* contiene un vicio in iudicando, esto es, cuando el juez o jueza de instancia, elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado, es decir, el error alegado viola directamente los conceptos de una ley sustantiva, debiendo hacerse abstracción sobre las conclusiones a las que ha llegado el tribunal de alzada en materia probatoria; pues esta causal conlleva el reconocimiento tácito del casacionista de su conformidad con esas conclusiones fácticas, haciendo improcedente en la causal primera la censura sobre el análisis probatorio. Con sustento en esta causal el casacionista manifiesta: "*Aplicación indebida de las normas jurídicas aplicables al momento de dictar el fallo toda vez que la Sala al resolver en fallo la presente causa dice "CUARTO: Procesalmente y conforme disponen los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, las partes están obligadas a justificar sus asertos, en el caso, la parte actora se ha ratificado en su libelo inicial, por haberse declarado la rebeldía y confeso el demandado no aporta prueba ni alegato alguno" [...] de lo trascrito se desprendería que quien hubiere presentado apelación a la sentencia sería la parte actora y no es así pues quien apela es la parte demandada la misma que en su escueto escrito de apelación se limita a decir: "De conformidad con lo dispuesto en el Art 328 del Código de Procedimiento civil (sic) en concordancia con el artículo 334 del mismo cuerpo legal, [...]"aquí cabe dos refecciones (sic) jurídicas la primera 1.- El Código de Procedimiento Civil es Ley Supletoria y aplicable siempre y cuando no exista norma dentro del Código del Trabajo y en el presente caso la apelación se encuentra señalada en el artículo 609 de dicha norma legal [...] 2.- La parte demandada en su escrito de apelación invoca dos normas del Código de Procedimiento Civil Ley supletoria y no invoca la norma del Código del Trabajo que se debió mencionar en dicho escrito de apelación (Código del Trabajo) es decir no se invocó la norma correcta pues esta norma solo se la aplica a falta de la otra que si se encuentra señalada en la Ley tal cual dispone el artículo síes (sic) del Código del Trabajo [...] Por otra parte la parte accionada en este juicio jamás realizó una explicación jurídica sobre los hechos que impugno la sentencia pues de autos no aparece que la demandada haya presentado siquiera una alegación en derecho para demostrar las causas por las que apela la Sentencia dictada por el Juez de Primer nivel, lo cual deja en duda la aplicación de las normas de derecho aplicables en el presente caso pues se ha de entender que la Sala debió analizar la apelación propuesta por la parte demandada y no hacer una valoración de la prueba presentada por el Actor de la demanda [...]".* Siendo por tanto el punto principal de su reclamo, el hecho de que el tribunal de alzada, no debió resolver la apelación, por cuanto ésta fue presentada con sustento en el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, no se estableció cual es el motivo de su inconformidad, y porque no debió resolverse este recurso tomando en consideración la prueba que fuera aportada por el actor. A lo que este Tribunal de Casación, considera: **a)** El artículo 609 del Código del Trabajo, establece que: *"Las sentencias que expidan los jueces de trabajo serán susceptibles del recurso de apelación ante la Corte Superior del distrito, cuando la cuantía del juicio determinada por el actor sea superior a un mil dólares. El actor podrá interponer recurso de apelación, sea cual fuere la cuantía de la causa, cuando se rechace en todo o en parte su demanda. Si así lo hiciere, la otra parte podrá adherirse al recurso hasta dentro de tres días de notificada con la providencia que lo conceda.",* norma que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, que prevé: *"Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior",* por lo que el hecho de que la parte demandada haya invocado esta última disposición legal, para interponer el recurso de apelación, y que éste haya sido concedido por el juez de primer nivel para ante el superior, no lesiona derecho alguno de la parte actora, pues el demandado se encontraba en su derecho de apelar de una sentencia que causa agravio a sus intereses. A lo que hay que añadir, que en atención al principio *iura novit curia* el cual supone que *"el juez conoce el derecho"*, como regla fundamental

de la denominada *lex artis* (reglas del oficio), principio que ha sido recogido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece: *"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. [...]",* en relación con lo dispuesto en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, que dice: *"Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho",* en consecuencia los juzgadores tienen el deber de subsanar los errores de derecho en los que pueden incurrir las partes, sin que esto constituya una violación al principio dispositivo. **b)** En cuanto al cuestionamiento que realiza el casacionista en el sentido de que, la apelación propuesta por el demandado debió ser fundamentada, se advierte al recurrente que conforme al procedimiento oral laboral, concretamente en observancia de lo dispuesto en el artículo 609 del Código del Trabajo, no se exige a las partes fundamentar el recurso de apelación, pues de no delimitar el recurso a un punto en específico de desacuerdo, se entiende que se está impugnando la totalidad del fallo que es materia de apelación, en la parte que le es desfavorable, por lo que en atención a lo que prescribe el artículo 612 ibídem, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial, debe fallar por el mérito de lo actuado. En consecuencia, al carecer de sustento jurídico los ataques efectuados a la sentencia de segunda instancia, con sustento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se los desecha. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Laboral, **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 emitida por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 19 de junio de 2014, a las 10h42, en el sentido de que procede a favor del actor señor Gastón Fortunato Sarango Rodríguez el pago de la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio determinadas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, las cuales han sido liquidadas en el presente fallo en el numeral 4.1.1 literal b), en la cantidad de USD. 12.937,50. En lo demás al no ser motivo de casación, se estará a lo resuelto en la sentencia de segunda instancia. Por licencia del Doctor Oswaldo Almeida Bermeo, actúe en calidad de Secretario el Doctor Segundo Ulloa Tapia. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III

Resolución nro. 260-16
Juicio nro. 1073-2013

Juicio laboral seguido por Karina Veronica Chavez Garces en contra de la Fundación FUNDAEM COPEI

SÍNTESIS

En el juicio que por reclamaciones laborales sigue KARINA VERÓNICA CHÁVEZ GARCÉS, en contra de la FUNDACIÓN FUNDAEM COPEI.- La parte actora, manifiesta que ha venido prestando sus servicios para la entidad demandada, bajo la modalidad de contratación por horas y luego desde mayo del 2003 con un contrato indefinido, pero su patrono le hacía facturar variando el valor de pago de hora.-Que el Mandato 8 eliminó la contratación por horas, sin embargo siguió laborando bajo la modalidad por contrato por horas, perjudicándole en su remuneración. Que junto a sus compañeros presentaron una solicitud, para conformar un sindicato, lo que derivó para que su empleador les despida del trabajo, y que en el caso de la actora, se encontraba en estado de gestación. El juez del Trabajo, una vez analizada la documentación agregada al proceso admite parcialmente la demanda y dispone que la institución demandada pague a la actora lo que dispone el Art. 188 del Código del Trabajo, Despido intempestivo; Art. 187 dirigentes sindicales; Art. 154. Despido a la mujer embarazada, décima tercera y cuarta remuneración, más intereses. Inconforme con esta resolución la accionante y el Delegado de la Procuraduría General del Estado, interponen recurso de apelación, el mismo que luego de analizar dicha resolución, este Tribunal ordena que se cancele los siguientes rubros: 1.- Indemnización por despido intempestivo; 2.-Bonificación por desahucio; 3.-Décima tercera remuneración; 4.- Décimo cuarta remuneración; 5.- Vacaciones; 6.-Indemnización contenida en el Art. 187 del Código del Trabajo, (Dirigentes Sindicales); Indemnización dispuesta por el Art. 154 del Código del Trabajo (indemnización a la mujer embarazada); Garantía de estabilidad contenida en el Mandato Constituyente No. 8; Estabilidad normada en el Art. 172, numeral 6, del Código del Trabajo; valores a los que se deben agregar los intereses normados en el Art. 614 del Código del Trabajo, cuando el presente fallo se encuentre ejecutoriado por ministerio de la Ley. Se niegan los demás reclamos. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Inconforme con esta resolución los demandados y la Procuraduría General del Estado, interponen recursos de casación; los demandados consideran que se han infringido varias normas constitucionales y de derecho.- Por su parte la Procuraduría General del Estado alega como infringidas normas Constitucionales y legales; fundamenta su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. En el presente caso, este Tribunal observa que (FUDAEM) al haber despedido a la actora, luego de haberse reunido en asamblea general los trabajadores de FUNDAEM y haber notificado al inspector de trabajo la decisión de constituirse en sindicato, conforme consta del expediente, ha actuado contraviniendo la prohibición del artículo 452 del Código del Trabajo, por lo tanto, la actora que ostentaba además la calidad de dirigente sindical, se encontraba al amparo de lo dispuesto tanto en el artículo 187, como en el artículo 452 del mismo cuerpo legal, por lo tanto es procedente el pago de la indemnización dispuesta por el Tribunal Ad quem, es decir el equivalente a la remuneración de un año, por lo que se corrige el error de cálculo.- Este Tribunal manifiesta que las disposiciones del Mandato Constituyente N° 8, no son aplicables al case sub examine, en virtud de que la actora del presente juicio era trabajadora a tiempo indefinido de FUNDAEM desde el mes de mayo del 2003, por lo que tal hecho no se subsume de manera adecuada a

las normas legales invocadas, que garantizan a los trabajadores tercerizados o intermediados una estabilidad laboral, sin que este sea el caso de la actora, por lo que no procede de la indemnización por estabilidad laboral prevista en el referido mandato y dispuesta en el considerando séptimo de la sentencia dictada por el Tribunal Ad quem. Para efectos de cuantificar los rubros que deben cancelarse a la actora lo siguiente: se considera como inicio de la relación laboral bajo la modalidad de contrato indefinido de trabajo, desde el 1 de mayo del 2003, como fecha de terminación el 11 de julio del 2008 por despido intempestivo y como última remuneración el valor de 926.07, cuyo cálculo y desglose es como sigue: por despido intempestivo de conformidad con el artículo 188 del Código del Trabajo; bonificación por desahucio, según el artículo 185 Ibídem; Décima tercera remuneración; Décima Cuarta Remuneración;Vacaciones; garantía para dirigentes sindicales según lo previsto en el artículo 187 de la Codificación del Código del Trabajo del 2005 más el recargo del 50% ; Indemnización por despido a la mujer embarazada según el artículo 154 de la Codificación del Código del Trabajo; remuneración por los 11 días de julio de 2008; recargo del Art. 94 del Código del Trabajo. No se dispone el pago de la garantía de estabilidad prevista en el Mandato Constituyente 8; ni la indemnización por estabilidad del trabajador prevista en el artículo 172 numeral 6 de la Codificación del Código del Trabajo.- La Sala Especializada de lo Laboral, una vez revisada y analizada la resolución del Tribunal, casa parcialmente la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 1073-2013
Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 28 de abril del 2016, las 09h53.-
VISTOS: En el juicio oral de trabajo que sigue Karina Verónica Chávez Garcés en contra de la Fundación FUNDAEM COPEI, el 7 de noviembre de 2012, a las 16h09, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia y en los términos de la misma, confirma el fallo recurrido, que declara parcialmente con lugar la demanda. Inconformes con esta resolución los demandados y la Procuraduría General del Estado, interponen los respectivos recursos de casación; y encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y decidir el recurso de casación, en atención al Oficio N° 106-SG-CNJ, de 01 de febrero de 2016 y al amparo de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 1 de la Ley de Casación, artículo 613 del Código del Trabajo; y en razón del auto de fecha 24 de marzo de 2015, a las 09h21, emitido por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el cual se analizan los recursos y se los admite a trámite por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia. **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** Los recurrentes consideran que en la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se han infringido las siguientes normas constitucionales y de derecho: Los demandados: José Luis Rosado Caicedo, Moisés Tacle Galárraga y Mario Fernando Luces Noboa, señalan el artículo 76 numerales 1 y 7 de la Constitución Política de la República; artículo 2 del Mandato Constituyente No. 8, Disposición Transitoria Segunda y en la Disposición Final Tercera; artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; el Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente 8, en su Disposición Transitoria Segunda noveno inciso; el artículo 10 segundo inciso del Código del Trabajo; artículo 17 incisos sexto y

octavo y 452 del mismo cuerpo legal; artículo 568 Sic; Decreto 200 R.O. 55 del 2 de abril de 2007, que reformó al Reglamento para la Contratación Laboral por horas; Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de la Remuneración del Sector Público, en su artículo 3; artículo 346 y 349 del Código de Procedimiento Civil; el Estatuto de FUNDAEM y reforma; sentencias ejecutoriadas de segunda instancia de los juicios laborales Nos.: 736-09, 887-09, 767-10, 268-11 seguidos por los actores Eric Jiménez Franco, Tomás Peñafiel Sánchez y Carlos Montero Torres, en su orden, contra los mismos demandados y por los mismos hechos del presente proceso. Fundamentan sus recursos apoyados en las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por su parte la Procuraduría General del Estado alega como infringidas las siguientes normas: artículo 114 del Código de Procedimiento Civil; artículo 76 numerales 1 y 7 de la Constitución Política de la República; artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 2 del Mandato Constituyente No. 8, Disposición Transitoria Segunda y en la Disposición Final Tercera; el artículo 10 segundo inciso del Código del Trabajo, artículo 17 incisos sexto y octavo y 458 del mismo cuerpo legal; artículo 452 Sic; Decreto 200 R.O. 55 del 2 de abril de 2007, que reformó al reglamento para la contratación laboral por horas; Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de la Remuneración del Sector Público, en su artículo 3; artículo 346 y 349 del Código de Procedimiento Civil; sentencia ejecutoriada 767-10-3 seguida por Tomás Andrés Peñafiel Sánchez contra los mismos demandados y contra los mismos hechos. Fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.-** Tomando en cuenta algunos criterios valiosos de la doctrina se advierte: que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: *"... el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidarse de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, a la par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas..."* (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Véscovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación expresa: *"Luego de una evolución histórica en la que se ha producido alguna alteración en sus finalidades iniciales (Supra Cap. I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia"* (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p. 25). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: *"La función de la Casación es construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública..."*. (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge *"... como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como Nomofilaquia, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso..."* (La casación, estudio sobre la Ley No. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p. 45). Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que juezas y jueces debamos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de

la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia No. 66-10-SEP-CC, caso No. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento No. 364, de 17 de enero del 2011, p. 53 que, *"El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación..."*. Por tanto, siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, por su naturaleza jurídica únicamente procede en casos excepcionales cuyos límites impone la ley y es así que a partir de esta conceptualización este recurso debe cumplir su rol de control de legalidad de las sentencias de instancia y con ello precautelar, de una parte, la defensa del derecho objetivo; y de otra, propiciar la unificación de la jurisprudencia mediante el desarrollo de un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO CON RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** Este Tribunal de Casación, luego del análisis de los libelos acusatorios y de la sentencia expedida por el Tribunal Ad quem, en confrontación con el ordenamiento jurídico, procede a realizar el siguiente análisis: **4.1.- CAUSAL SEGUNDA.-** Según el artículo 3 numeral 2 de la Ley de Casación, éste recurso puede fundarse por *"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"*. Tomando en cuenta los criterios constantes en la doctrina y la jurisprudencia, en lo relacionado con la causal mencionada, son dos los principios que configuran esta causal, de una parte, el principio de especificidad, y de otra, el principio de trascendencia. De conformidad con el principio de especificidad, las causales de nulidad están puntualizadas taxativamente en la Ley, lo cual lleva a concluir que no hay nulidad procesal fuera de las señaladas por la Ley. En nuestra legislación el principio de especificidad se materializa al haberse regulado los motivos para declarar la nulidad del modo que contemplan los artículos 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, relacionados con las omisiones de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y los casos de violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando y otros específicos. Humberto Murcia Ballén al tratar sobre el carácter taxativo de las nulidades procesales al referirse sobre el principio de especificidad expresa que *"... no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente lo establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todos los procesos o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos, resultan, pues limitativos y, por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes..."*. (Recurso de Casación Civil, 4ta Edición actualizada, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio In Jus, Bogotá-Colombia, p. 528.) Así mismo, por el principio de trascendencia, la violación de trámite no basta para producir la nulidad procesal, pues es condición básica que la violación debe ser como su término lo indica trascendental, esto es, que influya en la decisión de la causa y por tanto, que el proceso no pueda cumplir con su misión, tanto porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, cuanto porque se ponga a una de las partes en condición de indefensión, al punto que, tales vicios eliminen en su esencia el proceso de modo que se esté simplemente ante una apariencia de proceso. **4.1.1.** Los demandados, al amparo de esta causal alegan *"FUNDAEM, es una institución pública, y como tal el juez competente para conocer las causas que se sustancien en contra de ella, es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (...)"* señalando a continuación *"la incompetencia del juez de trabajo para conocer esta causa (...)"* pues manifiesta que por disposición de los estatutos de la Fundación aprobados por Acuerdo Ministerial No. 453 del Ministerio de Educación y Cultura, al Dr. Moisés Tacle Galarraga le correspondió asumir la Presidencia, por la calidad que tiene de Rector en la Escuela Superior Politécnica del Litoral ESPOL, y al Msc Ed. Mario Fernando Luces Noboa, Rector del COPOL, por decisión del Directorio de la Fundación, asumió las funciones de Director Ejecutivo y Secretario de la Fundación de ayuda a la Educación Media FUNDAEM, demostrando de esta manera que aquello les da la calidad de funcionarios servidores del sector público, por así corresponderle la sectorización de la Escuela Politécnica

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

del Litoral ESPOL y sus instituciones anexas, cuestión que no ha sido desconocida para la actora, pues en la demanda solicita que se considere la participación del señor Procurador General del Estado o de su delegado; adicionalmente manifiestan los recurrentes que de los recursos que la Fundación obtiene para sus inversiones y costos operacionales, el excedente está destinado a donación exclusivamente para la ESPOL, lo cual a decir de la parte demandada deviene en el vicio de falta de aplicación de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución en los artículos 1 y 7; así como de los artículos 10 y 568 del Código del Trabajo; el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y las sentencias ejecutoriadas de segunda instancia ya indicadas. **4.1.2.-** En el caso sub examine y en relación a la acusación de los demandados de pertenecer a FUNDAEM al sector público alegando la incompetencia de los jueces laborales para resolver el presente caso, este Tribunal considera pertinente hacer referencia a la sentencia No. 030-14-SEP-CC, CASO No. 0410-10-EP, dictada por la Corte Constitucional, la misma que luego de realizar un análisis de los estatutos de la Fundación de Ayuda a la Educación Media (FUNDAEM) expresa: *"Por otro lado, respecto a la determinación del régimen jurídico al que se encontraba sometida la relación laboral existente entre el actor del juicio laboral y FUNDAEM, la Corte Constitucional en la misma sentencia antes referida, No. 010-11-SEP-CC del 18 de agosto de 2011, estableció: ´En primer lugar, queda claro que la Fundación de Ayuda a la Educación Media (FUNDAEM) no forma parte del Sistema Nacional de Educación Superior, por tanto la relación laboral con sus empleados, de ninguna manera puede estar sometida a la Ley de Educación Superior´, en base a que ´la Fundación de Ayuda a la Educación Media (FUNDAEM) no es una entidad, institución, ni organismo del sector público, ya que no cumple ninguna de las condiciones previstas en el Art. 225 de la Constitución de la República, por el contrario, es una persona jurídica de derecho privado´, y que ´la referida fundación no es una institución en la que la ESPOL ni otra institución pública tenga mayoría de acciones, ni haya aportado bienes en un valor que represente el 50% de su capital"; en la misma sentencia se hace referencia a que "la Empresa FUNDAEM (COPEI), con RUC 0991341889001 se encuentra registrada en la plataforma del IESS y aporta como institución privada"*. En consecuencia, la Fundación de Ayuda a la Educación Media (FUNDAEM), no es una entidad, institución ni organismo del sector público, tampoco forma parte del Sistema Nacional de Educación Superior, es decir, es una persona jurídica de derecho privado, que mantiene con sus empleados una relación laboral regulada por el Código de Trabajo, razón por la que está impedida de someter a sus trabajadores a un régimen distinto, siendo inaplicable la Ley de Educación Superior al caso motivo del presente análisis, y por lo tanto los jueces del trabajo son los competentes para conocer y resolver el presente conflicto, por lo que el cargo alegado deviene en improcedente. **4.2.- CAUSAL TERCERA.-** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación procede por: "*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto"*. **4.2.1.** De la cita expuesta se desprende que no corresponde al Tribunal de Casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que sirvieron en el proceso de convicción del Tribunal Ad-quem para dictar el fallo, en este sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia expresó: <<*La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia transgresión de normas sustantivas o materiales. El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1.- Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso, es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar las piezas agregadas al proceso "lo que no está en el proceso no está en el mundo". 2.- Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3.- Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es, con trasgresión del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil. (...) Para que sea tomado en cuenta el cargo de tal causal, el recurrente en su formulación debe cumplir éstos requisitos: 1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado*

defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar "y 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 (...)>>. (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005, pp. 157-158). **4.2.2.** Al amparo de esta causal los recurrentes: Ing. José Luis Rosado Caicedo y Dr. Carlos Alberto Vera, Procurador Judicial de Moisés Tacle Galárraga y Mario Fernando Luce Noboa, señalan que existe *"errónea aplicación"* del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que se refiere a la obligación de los jueces de apreciar la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en concordancia con el artículo 593 del Código del Trabajo que dice: *"Criterio judicial y juramento deferido.- En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares"*, manifestando que del proceso obran documentos que determinan que la remuneración que percibía la demandante era de USD $303.74 y alega que *"(...) la Sala no considera la prueba documental y le da valor al juramento deferido (...)"*. En torno a esta alegación, se debe precisar que el cargo formulado por los recurrentes relativo a la *"errónea aplicación"* no está prevista como tal en el artículo 3 numeral 3 de la Ley de Casación, puesto que los errores que la citada norma prevé son: "aplicación indebida", "falta de aplicación" o "errónea interpretación", siendo cada uno de ellos excluyentes entre sí, por lo que los recurrentes no han logrado puntualizar el vicio o yerro de manera correcta; sin embargo de cual, es necesario insistir en que la valoración de la prueba es una actividad reservada a los jueces de instancia, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N° 101-13-SEP-CC, caso No. 0403-2013-EP, que fue publicado en el Registro Oficial No. 161 de 14 de enero de 2014 y en el cual entre otros aspectos precisa: <<*La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales..." (...) "Entonces, al ser el recurso de casación de carácter extraordinario la Corte Nacional de Justicia no tiene la facultad para valorar la prueba o estudiar los argumentos sostenidos por las partes durante la sustanciación de la causa pues, es un recurso que se fundamenta en el análisis sobre la legalidad de la sentencia recurrida. Al respecto, existen varios pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, en el sentido de que la casación, al ser un recurso extraordinario, debe cumplir con ciertos condicionamientos tanto para su presentación y su resolución y parte de ellos no es la valoración de la prueba...*>>, criterio emitido por el máximo órgano de interpretación y justicia en materia constitucional, que ha establecido el límite de actuación de los jueces casacionistas, en cuanto a la valoración de la prueba. Por tanto, se considera que el Tribunal Ad quem ha apreciado los documentos del acervo probatorio en conjunto, confrontando las diversas pruebas en la "búsqueda de la verdad", como sostiene Michele Taruffo (Ensayo publicado en el Diario La Ley, N° 7887-2012, Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio), de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: *"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella 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 los 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 (...) tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"* (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones

Depalma, Argentina-Buenos Aires, Tercera edición, 1958, pp. 270-271). En este ámbito Juan Isaac Lovato en concordancia con la cita anterior, al tratar sobre las pruebas legales, haciendo referencia a manera de resumen sobre el criterio del autor y la aplicación a nuestro sistema legal sostiene que los sistemas de valoración de la prueba pueden reducirse a dos: el de la prueba legal o tasada, y el de la prueba libre; que en el sistema de la prueba libre, es el juez quien en cada caso fija el valor de los medios de prueba presentados en el juicio y que bien se puede descomponer también el sistema de la prueba libre en dos aspectos, esto es, el uno, el de las reglas de la sana crítica, y el otro el de la libre convicción del juez. En este marco conceptual sostiene el autor en referencia *"Que el sistema de las reglas de la sana crítica no significa, no es ni puede ser un sistema de arbitrariedad, puesto que el juez, al decidir de acuerdo con esas reglas, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Que 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. Que el sistema de apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica es la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida(...)"*. (Programa Analítico de Derecho Procesal Civil ecuatoriano, Tomo Sexto, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 1967, pp. 234-235). Criterios estos que mantienen concordancia con lo expuesto en la jurisprudencia española al sostener en el caso SAP Madrid 10a 29.1.00. *"Respecto de la valoración de la prueba tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen concluir que el instrumento a utilizar para ello es la de las máximas de experiencia. Pues bien, de entre los distintos sistemas que la doctrina propone en torno a la prueba de los hechos constitutivos del derecho alegado por las partes contendientes en un proceso, deben destacarse el de la prueba legal o tasada, que impone al Juzgador un determinado criterio de valoración, aún en contra de su convicción, y el de la libre apreciación de la prueba al tenor del cual el juez pondera el conjunto de las pruebas practicadas por los litigantes sobre los hechos objeto de debate extrayendo a ellos que le merezcan la calificación de ciertos a los efectos de dictar sentencia (...)"*. Estos criterios son complementados en otros fallos de la misma jurisprudencia española y que en resumen hacen referencia a que la *"libre valoración es la valoración lógica, conforme con las máximas de la experiencia y las reglas de la sana crítica"* (La Prueba Civil, José Gabriel Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 115 y 116); por tanto el proceso de valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional autónoma de juezas, jueces o tribunales de instancia a consecuencia de lo cual los tribunales de casación cumplen la función de fiscalizar o controlar que en los procesos de valoración del tribunal ad quem no se haya transgredido normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; por lo que no corresponde a este Tribunal de Casación analizar los hechos ni las pruebas constantes en el presente proceso ya que por el principio de la soberanía jurisdiccional que tiene el tribunal de segunda instancia y el principio de independencia judicial, se parte del concepto de que ha existido una correcta apreciación tanto de los hechos como de las pruebas por el indicado Tribunal. **4.2.3.** En el caso sub examine, este Tribunal de Casación observa que la sentencia dictada por el ad quem, en los considerandos quinto, sexto, octavo y noveno analiza las pruebas presentadas por las partes procesales, y de manera puntual en el considerando noveno valora los documentos que constan a fs. 68 (rol del mes de mayo del 2008) y fs. 87 y 88 (factura emitida por la trabajadora y detalle de pago), para establecer la remuneración percibida por la trabajadora, esto es USD$926.07, valoración que ha sido realizada de conformidad con lo previsto en el artículo 593 del Código del Trabajo y las reglas de la sana crítica, sin que proceda el cargo formulado por la parte recurrente. Al amparo de la misma causal, alegan *"errónea aplicación"* del numeral 6 del artículo 172 del Código del Trabajo, reiterando el error de los casacionistas en la determinación del vicio alegado como se dejó explicado, es preciso aclarar que en este artículo se encuentran determinadas las causas por las cuales el empleador puede solicitar el visto bueno ante el inspector del trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo, para lo cual el legislador ha previsto 7 causas taxativamente dispuestas: *"Art. 172.- Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.- El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos: 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, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor; 2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados; 3. Por falta de probidad o por*

conducta inmoral del trabajador; 4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante; 5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió; 6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y, 7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos". De lo transcrito se desprende de forma meridiana que el trámite de visto bueno es un trámite administrativo, su procedimiento se encuentra determinado en el artículo 621 del Código del Trabajo, conforme el cual, la aceptación o negativa se obtiene de parte de la autoridad administrativa, mediante resolución que la emitirá luego de la investigación que realice sobre el fundamento de la solicitud; en el presente caso, el recurrente ha invocado la causal sexta; por lo tanto, para que el Tribunal Ad quem al dictar sentencia haya determinado la infracción al numeral 6 del artículo 172 del Código del Trabajo, previamente debió existir un proceso administrativo de visto bueno, en el cual se hubiere probado que el trabajador antes de que termine la relación laboral presentó una denuncia justificada de que su empleador no ha cumplido con sus obligaciones patronales frente al Seguro Social, y que aquella denuncia provocó que el empleador tramite el visto bueno en su contra, denuncia que de ser justificada le habría otorgado al trabajador el derecho que reclama; presupuesto que en el presente caso, al no haberse concretado, no tiene sustento legal y por lo tanto, no procede la indemnización por estabilidad del trabajador por dos años. **4.2.4.** Por su parte la Procuraduría General del Estado al amparo de la causal tercera, alega la aplicación indebida del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, y contrae su objeción a dos aspectos, al señalar: a) Que *"Los señores jueces han incumplido con su obligación constitucional y legal de motivar coherentemente, el fallo que recurrimos (...)"*, con lo cual se ha infringido el artículo 76 de la Constitución en sus numerales 1 y 7 letra l); b) Que los señores jueces *"(...) no han valorado toda la prueba presentada por la parte demandada (...)"*, manifestando la recurrente que en este contexto que *"FUNDAEM es una institución pública (...) que nos lleva a determinar la incompetencia del juez del trabajo para conocer y resolver este proceso"* y en líneas subsiguientes agrega que *"(...) la prueba ha sido ignorada y eso equivale a no valorarla(...)"*. En base a estas alegaciones este Tribunal de casación señala que el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, a su tenor legal prevé: *"Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley Cualquiera de los litigantes pueden rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario"*, observándose que esta norma prevé la obligación de las partes procesales de demostrar sus pretensiones y excepciones, sin que la misma se constituya en una regla de valoración de la prueba, lo cual torna en improcedente el cargo formulado, sin embargo en referencia a las objeciones presentadas por la Procuraduría, se debe precisar que FUNDAEM es una persona jurídica de derecho privado y no una institución del sector público, conforme consta en el análisis efectuado por este Tribunal en el numeral 4.1.2 del considerando cuarto de esta sentencia. En cuanto a las alegaciones de tipo constitucional, se debe señalar que el artículo 76 se refiere a las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, determinando en el numeral 1 que *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"*; y en el numeral 7 letra 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"*, normas que no son de valoración de la prueba y que por lo tanto no pueden ser analizadas al amparo de esta causal, observándose de todos modos que en la sentencia dictada por el Tribunal Ad quem contra la que se deduce el presente recurso extraordinario de casación, consta que los demandados han comparecido a juicio, han contestado la demanda y han presentado las pruebas de descargo que han considerado pertinentes; también se observa que los jueces de segunda instancia han dictado sentencia (fs. 59, 60 y 61 vta.), la misma que reúne los requisitos de validez que la ley establece, sin que se observe que existan decisiones contradictorias o incompatibles con la resolución, con lo cual se ha garantizado los derechos de las partes y particularmente el derecho al debido

proceso previsto en el artículo 76 de la norma suprema, lo que lleva a concluir que el cargo alegado por el casacionista con referencia a los artículos 76.1 y 7 letra l), no procede. **4.3.- CAUSAL PRIMERA.-** Esta causal se configura en los casos 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 en su parte dispositiva"*; está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como *"in iudicando"*, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva, de precedentes jurisprudenciales obligatorios en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se ha subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa a que corresponde, porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, porque no se ha aplicado la que corresponde, o porque aplicando la que corresponde se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. Por tanto, se trata de tres tipos de transgresión, esto es, a) Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: *"Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica"* (Recurso de Casación Civil, 4ta Edición, ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1996, p. 322) o como señaló La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, al decir: *"Cuando el Juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido".* (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 183). b) Falta de aplicación, se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil al referirse a esta clase de transgresión expresó: *"Cuando el juzgador deja de aplicar en el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida"*. (ob. cit. p. 183); y, c) Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y por ello La Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce este vicio de juzgamiento: *"Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene"* (ob. cit. p. 183). En este sentido Humberto Murcia Ballén expresa: *"Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de <<diagnosis jurídica>>, o de uno de relación entre el hecho específico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta"*. (ob. cit. p. 324). Por tanto, quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente el supuesto hecho y por tanto el efecto jurídico respectivo, y que sobre ello el Dr. Santiago Andrade Ubidia sostuvo: *<<Respecto a la causal primera, también es imprescindible realizar la "proposición jurídica completa"; no es suficiente señalar una norma de derecho sustantivo, sino que deberá examinarse si ella contiene una proposición jurídica."* (ob. cit. p. 203) y para que ello ocurra es necesario que se precisen todas las disposiciones legales que la constituyen; de modo que si se fundamenta el recurso en esta causal, se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que éstos son independientes y se excluyen entre sí; y el no identificarlo o escoger el incorrecto, el recurso puede no surtir los efectos que la o el recurrente espera. **4.3.1.-** Al amparo de esta causal la parte demandada alega la falta de aplicación del artículo 452 del Código del Trabajo que prevé: *"Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. De producirse el despido, no se interrumpirá el trámite de*

registro o aprobación de la organización laboral. Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores. Las asambleas generales para la organización de las restantes asociaciones de trabajadores, no están sujetas al requisito del cincuenta por ciento, a que se refiere el inciso anterior", y sin realizar análisis alguno y menos aún fundamentar su acusación, se remite al voto salvado emitido por uno de los señores jueces del Tribunal Ad quem, en cuyo considerando sexto, manifiesta que del proceso no aparece *"(...) que el empleador haya sido notificado por el Inspector del Trabajo con la conformación de esa Asociación sindical, por lo que no procede disponer el pago de las indemnizaciones establecidas en los Arts. 187 y 233 del Código del Trabajo (...)"*. **4.3.2** Los señores jueces de segunda instancia, en el considerando quinto de la sentencia de mayoría señalan: *"Con los instrumentos de fs. 40 a 52 se ha probado fehacientemente que al momento de la realización del despido intempestivo acusado, los trabajadores de la entidad demandada se habían reunido en asamblea general para constituir la Asociación Sindical de Profesores y Trabajadores de la Fundación de Ayuda a la Educación Media FUNDAEM (COPEI), de la cual la actora ejercía las funciones de dirigente en calidad de vocal (fs. 41vta.), por lo que es procedente ordenar el pago de la indemnización contenida en el Art. 187 del Código del Trabajo, con el recargo legal pertinente"*. El artículo 187 Ibídem, vigente a la fecha de la relación laboral decía: *"Garantías para dirigentes sindicales.- El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período para el cual fue elegido. Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más y protegerá, por igual, a los dirigentes de las organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa, como a los de las constituidas por trabajadores de diferentes empresas, siempre que en este último caso el empleador sea notificado, por medio del Inspector del Trabajo, de la elección del dirigente, que trabaje bajo su dependencia. El monto de la indemnización mencionada se dividirá y entregará por iguales partes a la asociación a que pertenezca el trabajador y a éste. En caso de que el empleador incurriera en mora de hasta treinta días en el pago, el trabajador podrá exigir judicialmente, y si la sentencia fuere condenatoria al empleador, éste deberá pagar, además de la indemnización, el recargo del cincuenta por ciento del valor de ella, en beneficio exclusivo del trabajador. El juez retendrá, de oficio, y entregará los fondos a sus destinatarios en las proporciones y formas indicadas, así no hubiere intervenido la asociación en el litigio; pero ésta puede disponer que el saldo recaudado se invierta, en todo o en parte, en asistir al dirigente despedido. Sin embargo, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causales determinadas en el artículo 172"*. **4.3.3.** En el presente caso, este Tribunal observa que la Fundación de Ayuda a la Educación Media (FUNDAEM) al haber despedido a la señora Karina Verónica Chávez Garcés, luego de haberse reunido en asamblea general los trabajadores de FUNDAEM y haber notificado al inspector de trabajo la decisión de constituirse en sindicato, conforme consta del expediente a fs. 40, ha actuado contraviniendo la prohibición del artículo 452 del Código del Trabajo, por lo tanto, la actora que ostentaba además la calidad de dirigente sindical (vocal), se encontraba al amparo de lo dispuesto tanto en el artículo 187, como en el artículo 452 del mismo cuerpo legal, por lo tanto es procedente el pago de la indemnización dispuesta por el Tribunal Ad quem, esto es con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, que corresponde a (926.07 x 12) = 11.112,84, por lo que se corrige el error de cálculo. **4.3.4.-** Apoyados en la misma causal, la parte demandada acusa que la relación laboral con la actora estuvo bajo el régimen de la contratación por horas legalmente vigente hasta el 30 de abril de 2008, que entró en vigencia el Mandato Constituyente No. 8 que elimina esta clase de contratos, siendo estos hechos probados y aceptados por la misma actora, por lo que consideran que *"(...) todas las obligaciones patronales como vacaciones y fondos de reserva se encontraban incluidos en los valores cancelados al actor por concepto de sus remuneraciones (...) Inclusive, se encontraban incorporadas aquellas remuneraciones periódicas como la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, por lo que todas estas fueron canceladas hasta el 30 de abril del 2008 (...) por lo que solamente nos hubiera correspondido cancelar y finiquitar las partes proporcionales que correspondían a dichos rubros (...)"* e invocan el vicio de "aplicación indebida" del artículo 2, Transitoria Segunda y Disposición Final Tercera del Mandato Constituyente No. 8; Transitoria Segunda, inciso noveno del Reglamento de

Aplicación; y, artículo 17 incisos sexto y octavo del Código del Trabajo. Respecto a esta acusación, se observa que la actora Karina Verónica Chávez Garcés, en su demanda señala que: *"Desde el 20 de agosto de 1999 fui contratada y he venido prestando mis servicios lícitos y personales en calidad de PROFESORA DE INGLES, para mi patrono LA FUNDACION DE AYUDA A LA EDUCACION MEDIA –FUNDAEM- (COPEI), al principio bajo la modalidad de contratación por horas y luego desde Mayo del 2003, bajo contrato de trabajo indefinido (...)"*. Los demandados en sus recursos de casación han afirmado explícitamente lo siguiente: *"(...) la relación laboral con el actor estuvo bajo el régimen de la contratación por horas, lo cual estuvo legalmente permitido y fundamentado en base al Art. 17 del Código del Trabajo, así como al Capítulo de la INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ibídem, agregado por el Art. 1 de la Ley 2006-48, R.O. 298-S, 23-VI-2006, que estuvo vigente durante la relación laboral con el actor, hasta el 30 de abril del 2008 (...)"* [fs. 12/14], sin embargo del expediente no consta la prueba pertinente, esto es el contrato escrito obligatorio que demuestre que la relación laboral entre FUNDAEM y la actora, se pactó por horas, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Codificación del Código del Trabajo, con lo cual se han producido los efectos previstos en el artículo 40 Ibídem que dice: *"Derechos exclusivos del trabajador.- El empleador no podrá hacer efectivas las obligaciones contraídas por el trabajador en los contratos que, debiendo haber sido celebrados por escrito, no lo hubieren sido; pero el trabajador si podrá hacer valer los derechos emanados de tales contratos. En general, todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador"*, en consecuencia, al no haber demostrado los demandados que la relación laboral entre las partes litigantes se fundamentó en un contrato de trabajo por horas, la alegación formulada respecto al Mandato Constituyente N° 8 y su Reglamento de Aplicación, deviene en improcedente, debiendo señalar que tampoco es procedente considerar como tiempo de servicios la fecha indicada por la actora en su juramento deferido, pues si bien es cierto ingresó a prestar sus servicios el 20 de agosto de 1999, ha sido ella misma quien en su demanda ha ratificado que lo hizo bajo la modalidad de contratación por horas, hasta el mes de mayo de 2003 en que fue contratada por tiempo indefinido, por lo tanto se tiene como fecha de inicio de la relación laboral el 1 de mayo de 2003 (y no la del juramento deferido como lo ha hecho el Tribunal Ad quem) y como fecha de terminación de la relación laboral, la del despido intempestivo, esto es el 11 de julio del 2008, por lo que en consideración al tiempo de trabajo, deben reliquidarse los valores dispuestos a pagar en sentencia. En este contexto jurídico y en relación al pago de la indemnización por estabilidad laboral, dispuesta en el Considerando Séptimo de la sentencia de mayoría, es necesario precisar que el referido Mandato Constituyente en la parte pertinente del artículo 2 que elimina y prohíbe la contratación laboral por horas señala: *"Con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contemplada en dicho cuerpo legal, en la que el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral de dicho cuerpo legal (...)"*, que en relación a la disposición contenida en la Transitoria Segunda del mismo Mandato, que dice: *"Los trabajadores que se encontraban laborando bajo la modalidad de contrato por horas por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato serán contratados de manera obligatoria bajo las distintas modalidades previstas en el Código del Trabajo según lo establecido en el artículo 2 del presente mandato"*. En tal sentido, este Tribunal manifiesta que las disposiciones del Mandato Constituyente N° 8, no son aplicables al caso sub examine, en virtud de que la actora del presente juicio era trabajadora a tiempo indefinido de FUNDAEM desde el mes de mayo del 2003, por lo que tal hecho no se subsume de manera adecuada a las normas legales invocadas, que garantizan a los trabajadores tercerizados o intermediados una estabilidad laboral, sin que este sea el caso de la actora, por lo que no procede la indemnización por estabilidad laboral prevista en el referido mandato y dispuesta en el considerando séptimo de la sentencia dictada por el Tribunal Ad quem. **4.4.** Para efectos de cuantificar los rubros que deben cancelarse a la actora de este juicio, se toma como inicio de la relación laboral bajo la modalidad de contrato indefinido de trabajo, desde el 1 de mayo del 2003, como fecha de terminación el 11 de julio del 2008 por despido intempestivo y como última remuneración el valor de 926.07, cuyo cálculo y desglose es como sigue: por despido intempestivo de conformidad con el artículo 188 del Código del Trabajo (926.07 x 6) = USD. $ 5.556,42; bonificación por desahucio, según el artículo 185 Ibídem $

1.157,60; Décimo tercera remuneración $ 1.042,12; Décimo Cuarta Remuneración $ 670,70; Vacaciones $ 839,73; garantía para dirigentes sindicales según lo previsto en el artículo 187 de la Codificación del Código del Trabajo del 2005 más el recargo del 50% ($926.07 x 12 + 5556,42) = 16.669,26; Indemnización por despido a la mujer embarazada según el artículo 154 de la Codificación del Código del Trabajo ($926.07 x 12) = 11.112,84; remuneración por los 11 días de julio de 2008 ($339,56); recargo del Art. 94 del Código del Trabajo ($339,56 x 3) = 1018,68, TOTAL: $ 38.406,91. No se dispone el pago de la garantía de estabilidad prevista en el Mandato Constituyente 8; ni la indemnización por estabilidad del trabajador prevista en el artículo 172 numeral 6 de la Codificación del Código del Trabajo, de conformidad con el análisis constante en los numerales 4.2.4 y 4.3.3. Por todo 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,** en los términos de este fallo, casa parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de noviembre de 2012 a las 16h09, y dispone que la demandada Fundación de Ayuda a la Educación Media FUNDAEM COPEI en las personas de Mario Luces Noboa, Moisés Tacle Galarraga y José Luis Rosado Caicedo, cancelen a la actora Karina Verónica Chávez Garcés, la suma de TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES CON 91/100 **($38.406,91),** más los intereses en los rubros que corresponda, que se calcularán al momento de ejecutoriar la sentencia, conforme la disposición del artículo 614 del Código del Trabajo. Sin costas ni honorarios que regular.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IV

Resolución nro. 345-2016
Juicio nro. 186-2012

Juicio laboral por pago de beneficios de jubilación patronal, propuesto por: Guillermo Arturo Bernal Fajardo, en contra de: Fabián Carrasco Castro, representante legal de la Universidad de Cuenca

SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral que sigue el actor Guillermo Arturo Bernal Fajardo, en contra de la Universidad de Cuenca, manifiesta que prestó sus servicios para la demandada Universidad de Cuenca, desde el 20 de mayo de 1982 hasta el 7 de julio de 2010, fecha en la que presentó su renuncia voluntaria para acogerse a los beneficios de la jubilación, en su demanda argumenta que sus empleadores le cancelaron una indemnización pero que fue inferior a la establecida en el Mandato Constituyente Nro. 2 y ratificada en el Art. 20 del Contrato Colectivo de Trabajo. El Juez del Trabajo, una vez analizada la demanda, declara parcialmente con lugar la presente acción, disponiendo que la entidad demandada pague al actor la diferencia entre lo pagado y lo que le corresponde en virtud de lo establecido en el inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente Nro. 2.- Inconforme con esta resolución la entidad demandada interpone recurso de apelación, el mismo que se lo desecha, y confirma la resolución subida en grado y se declara parcialmente con lugar la presente acción, disponiendo que la entidad demandada pague la diferencia entre lo pagado y lo que le corresponde al actor, en virtud de lo establecido en el Mandato Constituyente Nro. 2. Inconforme con esta resolución la entidad demandada interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Este Tribunal de Casación, al referirse a la contestación de la demanda presentada por los legitimados pasivos que ratifican haber cancelado los valores reclamados al actor de este juicio, sin que este Tribunal pueda pronunciarse al respecto, por lo que casa la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial y declara sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 186-2012

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 26 de mayo de 2016; las 09h49.-
VISTOS: En el juicio oral de trabajo seguido por Guillermo Arturo Bernal Fajardo en contra de Fabián Carrasco Castro por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de Representante Legal de la Universidad de Cuenca y de la Procuraduría General del Estado, la parte demandada inconforme con la sentencia expedida el 11 de enero del 2012, a las 09h24, por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en tiempo oportuno interpone Recurso de Casación, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República; los artículos 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; el Art. 1 de la Ley de Casación; el Art. 613 del Código del Trabajo; y en razón del auto de fecha 29 de mayo de 2013, a las 10h27, emitido por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el cual se analiza el recurso y se lo admite a trámite. **SEGUNDO:**

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y considera infringidas las siguientes normas: artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 8 inciso segundo del Mandato Constituyente 2; Disposición Transitoria Segunda del Decreto Ejecutivo 1701 de 30 de abril de 2009; y, Resolución 2009-00200 SENRES del 12 de agosto de 2009. **TERCERO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:** Tomando en cuenta algunos criterios valiosos de la doctrina se advierte: que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: *"... el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas..."* (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Véscovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación, expresa: *"Luego de una evolución histórica en la que se ha producido alguna alteración en sus finalidades iniciales (Supra Cap.I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p. 25). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: "La función de la Casación es constituir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública..."*. (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge *"(...) como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como Nomofilaquía, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial, y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso (...)"* (La Casación, estudio sobre la Ley No. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p. 45). Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que juezas y jueces debamos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia No. 66-10-CEP-CC, caso No. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento No. 364, de 17 de enero del 2011, p. 53 que, *"El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación"*. Por tanto, siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, por su naturaleza jurídica únicamente procede en casos excepcionales cuyos límites impone la ley y es así que a partir de esta conceptualización este recurso debe cumplir su rol de control de legalidad de las sentencias de instancia y con ello precautelar, de una parte, la defensa del derecho objetivo; y de otra, propiciar la unificación de la jurisprudencia mediante el desarrollo de un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO CON RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** Del estudio realizado por este

Tribunal del libelo acusatorio, la sentencia del Tribunal de Alzada en confrontación con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, corresponde a esta Sala analizar la única causal invocada por el recurrente, que se refiere a un vicio in iudicando por violación directa de las normas sustantivas aplicables al caso sub examine. **4.1. ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.-** Esta causal se configura en los casos 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"*; está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como "in iudicando", cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva, de precedentes jurisprudenciales obligatorios en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se ha subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa a que corresponde, porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, porque no se ha aplicado la que corresponde, o porque aplicando la que corresponde se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. Por tanto, se trata de tres tipos de transgresión, esto es, a) Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: "Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica" (Recurso de Casación Civil, 4ta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966, p. 322) o como señaló La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, al decir: "Cuando el Juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido". (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 183). b) Falta de aplicación, se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil al referirse a esta clase de transgresión expreso: "Cuando el juzgador deja de aplicar en el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida". (ob. cit. p. 183); y, c) Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y por ello La Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce este vicio de juzgamiento: "Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene" (ob. cit. p. 183). En este sentido Humberto Murcia Ballén expresa: "Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de <<diagnosis jurídica>>, o de uno de relación entre el hecho especifico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta". (ob. cit. p. 324). Por tanto, quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente el supuesto de hecho y por tanto el efecto jurídico respectivo, y que sobre ello el Dr. Santiago Andrade Ubidia sostuvo: <<Respecto a la causal primera, también es imprescindible realizar la "proposición jurídica completa": no es suficiente señalar una norma de derecho sustantivo, sino que deberá examinarse si ella contiene una proposición jurídica." (ob. cit. p. 203) y para que ello ocurra es necesario que se precisen todas las disposiciones legales que la constituyen; de modo que si se fundamenta el recurso en esta causal, se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que éstos son independientes y se excluyen entre sí, y el no identificarlo o escoger el incorrecto, el recurso puede no surtir los efectos que la o el recurrente espera. **4.1.1.** El demandado al amparo de esta causal, alega que el tribunal ad-quem, ha incurrido en "aplicación indebida" del artículo 8 inciso segundo del Mandato Constituyente No 2, manifestando que el referido mandato: *"(...) está desarrollado en Disposición Transitoria segunda del Decreto Ejecutivo N 1701 de*

fecha 30 de abril de 2009, que ordena a la SENRES, establecer los montos correspondientes a las indemnizaciones por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación de los servidores públicos, a efectos de que tengan una adecuada compensación por los años de servicio"; alega también la *"falta de aplicación"* del artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, de la Disposición Transitoria Segunda del Decreto Ejecutivo 1701 de 30 de abril de 2009 y, de la Resolución SENRES 2009-00200, publicada el 12 de agosto de 2009, señalando que *"El articulado transcrito en líneas anteriores es pertinente a la especie pero sin embargo no ha sido aplicado. (...) En Derecho Público todo lo que no está expresamente permitido se entiende prohibido por mandato del Art. 226 de la Constitución de la República (...) Por lo expuesto el actuar público administrativo de la Universidad de Cuenca, se ha sometido al principio de legalidad, y al monto, cálculo y procedimiento previsto para el efecto (...) Las resoluciones del poder constituyente no pueden prolongarse más allá de la conformación e instalación del poder constituido, el Decreto Ejecutivo 1701 y Resolución SENRES 2009-00200, emitidas por autoridad competentes en ejercicio de sus funciones no CONTRADICE ni afecta el Mandato Constituyente N. 2; sino por el contrario lo regula"*. **4.1.2.** El Tribunal Ad-quem, en el considerando octavo de la sentencia dice: *<<La Sala, en casos análogos, se ha pronunciado en el sentido que los Mandatos Constituyentes, son de rango superior, y que son de obligatorio cumplimiento, tanto más, que se debe aplicar el principio base del derecho laboral "in dubio pro operario". El propio Mandato en su Art. 9 establece una "prohibición" al disponer: "Las disposiciones contenidas en el presente Mandato Constituyente serán de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, este no será susceptible de queja o impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo o cualquier otra acción judicial o administrativa... ".Con tal disposición, no se puede pretender que una resolución de la SENRES como la que viene aplicando la entidad demandada, esté sobre las disposiciones del Mandato Constituyente. El trabajador ha laborado por el lapso de 28 años, desde el 20 de mayo de 1982 hasta el 7 de julio del 2010. En el año 2010 el salario mínimo unificado era de doscientos cuarenta dólares mensuales, que multiplicado por las siete remuneraciones por cada año de servicio, daba un rubro de $ 1.680.00 por año, lo cual multiplicado por un total de veinte y ocho años, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 8 del mandato Constituyente No. 2, da un valor total de indemnización de cuarenta y siete mil dólares con cuarenta centavos ($ 47.040,00) (Sic). El ex trabajador, al momento de su retiro voluntario de la Universidad de Cuenca ha recibido la suma de trece mil novecientos cincuenta y dos dólares ($ 13.952,00). Considerando que el Mandato tantas veces mencionada se refiere a que la remuneración "... será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total." El trabajador tendría derecho a la diferencia entre lo pagado y lo que le corresponde en virtud de la disposición del Mandato No. 2, Art. 8 como se viene analizando (...)"*. **4.1.3.** En este contexto, el problema surge, según lo manifestado por el recurrente en el escrito de casación, por la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente, que dispone: *"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 con templadas 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"*. Al respecto, este Tribunal observa que la sentencia dictada por Ad-quem, en la parte resolutiva *"(...) declara parcialmente con lugar la presente acción, disponiendo que la entidad demandada, en la persona de su Rector el Ing. Fabián Carrasco Castro, pague al actor la diferencia entre lo pagado y lo que le corresponde en virtud de lo establecido en el inciso segundo del Art. 8 del Mandato Constituyente N° 2 (...)"*, lo cual no guarda conformidad con el pronunciamiento emitido por el Pleno de la Corte Constitucional de Transición, en la sentencia No 004-10-SAN-CC, Caso No 0069-09, publicada en el Registro Oficial N° 370 de 25 de enero del 2011 Primer Suplemento, que claramente señala que la disposición constante en el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente No 2, está *"(...) orientada a garantizar la estabilidad de los trabajadores amparados por el Código del Trabajo, preserva el reconocimiento de las indemnizaciones*

establecidas en ese mismo cuerpo legal para el caso de terminación de la relación laboral producida de manera intempestiva por decisión del empleador (...). De esta manera los trabajadores que se encuentran amparados únicamente por el Código del Trabajo, en caso de despido intempestivo, reciben las indemnizaciones allí previstas, y quienes estén amparados por convenios de cualquier naturaleza que establezcan reconocimientos por terminación de relaciones labora les, percibirán los valores establecidos en la norma en mención (...) "(Lo subrayado nos pertenece). En el caso sub examine, se observa que el legitimado activo en la demanda planteada señala *"(...) Que presté mis servicios lícitos y personales para la UNIVERSIDAD DE CUENCA, desde el 20 de mayo de 1982 hasta el 7 de julio de 2010, fecha en la que **presenté mi renuncia voluntaria** para acogerme a los beneficios de la jubilación (...)"* (Lo resaltado y subrayado nos pertenece), por lo tanto el caso objeto de estudio no se subsume al inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, ya que no se ha vulnerado el derecho a la estabilidad del trabajador, sino que ha sido aquel quien ha presentado su renuncia voluntaria al cargo para acogerse a los beneficios de la jubilación. La sentencia N° 004-10-SAN-CC antes citada, señala que el Mandato Constituyente N° 2, estableció valores máximos a percibir por concepto de indemnizaciones y liquidaciones por eventos que significan la desvinculación de los servidores públicos de sus respectivas instituciones, ya sea por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público; precisando en el primer inciso del artículo 8 del referido mandato que *"(...) los montos indemnizatorios existentes a la fecha de emisión del Mandato N° 2 continuaban vigentes, en tanto que aquellos que superaban los límites máximos previstos en el mencionado instrumento, se modificaban de acuerdo a los límites máximos en él preceptuados (...)",* es decir que este Mandato en concordancia con lo previsto el Mandato N° 4, *"(...) no altera las normas ya existentes para el cálculo de liquidaciones e indemnizaciones, excepto aquellas que excedan los montos máximos fijados en el artículo 8 del referido mandato",* por lo tanto esta norma no sustituye ni deroga las disposiciones legales referentes a liquidaciones o indemnizaciones ya existentes, concluyéndose que en la praxis existe la posibilidad de percibir cantidades menores y nunca mayores a las previstas, por lo que la pretensión del accionante carece de argumentos lógicos y razonables para establecer la procedencia del pago de la indemnización prevista en esta norma, se debe reiterar y enfatizar que el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, no genera el derecho para los trabajadores, a exigir el pago de los rubros que en él se establecen, pues es una norma que determina los montos máximos a los que las instituciones estatales enumeradas en el artículo 2 ibídem se deben sujetar, cuando suscriben contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otro acuerdo, en el que se estipula el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de las relaciones laborales (excepto en la modalidad de despido intempestivo que está regulada en el Mandato Constituyente No. 4) con los obreros de dichas entidades; en consecuencia, la norma dispone que el monto por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, será de "hasta" siete salarios mínimos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, no pudiendo exceder de 210 salarios mínimos unificados del trabajador privado en total, pero ello no significa que la liquidación debe realizarse con el cálculo de 7 salarios mínimos unificados por cada año de servicio, por lo que al actor no le corresponde el pago de ninguna diferencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del Mandato Constituyente, pues aquel determina el límite máximo, mas no un mínimo para el cálculo. De lo expuesto se concluye que el tribunal de segunda instancia ha incurrido en un error al haber aplicado el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente antes referido, pues como ha quedado señalado en líneas precedentes, la relación laboral entre las partes ha concluido por renuncia presentada por el actor para acogerse a la jubilación, por lo que se advierte que le asiste razón al recurrente, pues, el Tribunal Ad-quem ha cometido el yerro alegado, prosperando el cargo. **4.1.4.** En referencia a la falta de aplicación de las siguientes normas: artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador que señala *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución"*; Disposición Transitoria Segunda del Decreto Ejecutivo 1701 de 30 de abril de 2009, publicado en el Registro Oficial N° 592 del

18 de mayo de 2009 que dice: *"La SENRES, de conformidad con la planificación señalada en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, establecerá los montos correspondientes a las indemnizaciones por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación de los servidores públicos, a efectos de que tengan una adecuada compensación por sus años de servicio"*; y, de la Resolución SENRES 2009-00200 de 12 de agosto de 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 9 de 21 de agosto de 2009, que fija los valores para jubilaciones de los servidores públicos que se acojan a los beneficios de la jubilación, de conformidad a lo establecido en el Decreto Ejecutivo 1701 , se observa que el tribunal adquem en el considerando séptimo de la sentencia, luego de realizar un análisis del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2 señala: *"En consecuencia, toda cláusula de los contratos colectivos, actas transaccionales o similares que determinen valores por indemnizaciones o bonificaciones por terminación de relaciones laborales, han sido sustituidas por la referida norma del Mandato Constituyente. Por lo tanto, su aplicación es inexorable y obligatoria en consideración a que todos somos iguales ante la ley y está prohibida toda forma de discriminación, incluida especialmente la indemnizatoria y salarial (...)"*: texto que se opone al pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional conforme quedó señalado en el análisis realizado en el numeral 4.1.3 de esta sentencia, pues la pretensión del actor de que se le pague la cuantía máxima fijada en el artículo 8 del referido mandato, no es pertinente, pues los montos indemnizatorios existentes a la fecha de emisión del Mandato No 2 continuaban vigentes, en tanto que aquellos que superaban los límites previstos en el mencionado instrumento, se modificaban sometiéndose a los términos en él preceptuados, sin que de manera alguna se hayan alterado las normas ya existentes para el cálculo de liquidaciones e indemnizaciones. Sin embargo de lo expuesto, es necesario precisar que en el considerando tercero de la sentencia impugnada consta que el actor presentó la renuncia voluntaria para acogerse a los beneficios de la jubilación por lo que se *"(...) se le entregó la cantidad de trece mil novecientos cincuenta y dos dólares de los E.U.A. (USD$ 13952,00) cantidad inferior a lo establecido en el Mandato Constituyente N° 2 (...)"*, lo cual se corrobora en el considerando sexto de la misma, al referirse a la contestación a la demanda presentada por los legitimados pasivos que ratifican haber cancelado dicho valor, empero no consta del expediente el acta transaccional, acta de finiquito o cualquier otro acuerdo, que permita establecer la forma en que se llegó a cuantificar los $ 13.952 dólares que fueron cancelados al actor de este juicio, sin que el Tribunal Casacionista pueda pronunciarse al respecto. Por las razones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** en los términos de este fallo casa la sentencia dictada por la Sala, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, expedida el 11 de enero del 2012, a las 09h24, y declara sin lugar la demanda. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Resolución nro. 350-2016
Juicio nro. 1747-2014

Juicio laboral por pago de rubros laborales pendientes, propuesto por: Grey Diocelina Farias Basurto, en contra de: "Empresa Confecciones Gazzella"

SÍNTESIS

La actora Grey Diocelina Farias Basurto, manifiesta que laboró desde el 5 de marzo de 1985 en la empresa de Confecciones Gazella, en calidad de costurera con un contrato a destajo, de conformidad con lo que determina el Art. 16 del Código del Trabajo bajo la dependencia y órdenes del señor José Armando Balseca Molina, propietario y Gerente de la Empresa mencionada, que durante el tiempo de trabajo le han venido cancelando por concepto de remuneración, diferentes cantidades en relación con el número de piezas confeccionadas y de conformidad con la producción, valores mensuales, que varían, al inicio con la cantidad de trescientos mil sucres hasta que terminó sus relaciones de trabajo el 15 de mayo de 2011 con la cantidad de doscientos setenta dólares, que no se le canceló los décimos tercer y cuarto sueldos, vacaciones y utilidades , por lo que demanda el pago de dichos rubros más el despido intempestivo. El juez del Trabajo, al analizar que no existió subordinación o dependencia con la actora, no existiendo relación laboral entre las partes y consecuentemente rubro alguno que deba disponerse su pago se desecha la presente acción, sin costas ni honorarios que regular. Inconforme con esta resolución la parte actora y la demandada interponen recurso de apelación, deduciendo el Tribunal ad quem, que el accionante no aporta prueba que demuestre que entre ella y el accionado a quien ha demandado en la presente causa haya existido relación de carácter laboral, por lo que la excepción alegada por el demandado es procedente a consecuencia de lo cual no se ha constituido en forma legal el legitimado pasivo, por lo cual se niega el recurso de apelación interpuesto por la actora y en términos de esta sentencia se acoge la adhesión presentada por la parte demandada, por inexistencia de la relación laboral. Inconforme con esta resolución la parte actora interpone recurso de casación y fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; la actora ha demostrado la existencia de la relación laboral con la entidad demandada, existiendo constancia del inicio de la relación laboral como también los comprobantes de egreso, prueba documental presentada por la actora y emitidos en su empresa con lo que queda demostrado que la parte actora trabajó para la empresa demandada bajo la modalidad de contrato a destajo, según ha demostrado en el libelo de su demanda y el juramento deferido. En cumplimiento de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. Nro.138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordena pagar, para lo cual se tiene como tiempo de servicio desde noviembre de 2000 al 08 de abril del año 2011 y como remuneraciones los salarios mínimos y básicos establecidos en el país, siendo su última remuneración USD$. 270,00, se procede pagar al actor, varios rubros como: décima tercera y cuarta remuneración correspondiente a noviembre de 2000 hasta abril de 2011, vacaciones, fondos de reserva, más el 50% de recargo.- Casa la sentencia dictada por los Jueces Multicompetentes de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1747-2014

Jueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.

Quito, martes 31 de mayo de 2016, las 10h23.-

VISTOS.- En el juicio de trabajo que sigue Grey Diocelina Farías Basurto, contra José Armando Balseca Molina en calidad de Gerente General y Propietario de la Empresa de Confecciones Gazzella; la actora interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas el 03 de septiembre de 2014 a las 08h11, que niega el recurso de apelación interpuesto y confirma el fallo de primera instancia que desecha la demanda. Los conjueces de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia en auto de 27 de marzo de 2015 a las 11h05, admiten a trámite el recurso de casación. De ahí que, luego del sorteo correspondiente realizado el 16 de abril de 2015 a las 09h52, radicó la competencia y al encontrarse en estado de resolver, se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante sorteo por los doctores Merck Benavides Benalcázar, María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Rosa Álvarez Ulloa en virtud del oficio No. 106-SG-CNJ de 01 de febrero de 2016, son competentes para conocer y resolver el presente recurso de casación, de conformidad por lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código de Trabajo.

SEGUNDO: MOTIVACIÓN: La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 ha dispuesto 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: (...)* ***7.*** *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N°. 024-13-SEP-CC, dentro del caso N°. 1437-11-EP, determinó que: *"(...) Corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado".*

En este mismo sentido, dicha Magistratura Constitucional se pronunció determinando criterios que permiten entender la debida y adecuada motivación dentro del fallo N°. 227-12- SEP-CC, en el caso N°. 1212-11-EP, de la siguiente forma: *"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. El fallo* ***lógico,*** *por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta 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."* En virtud de lo expuesto, se puede considerar que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar la sentencia se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la garantía de la motivación es lo que

les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia.

Respecto de la motivación Miguel Carbonell, parafraseando a Michell Taruffo manifiesta: *"la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión para el gobernado, por lo que, de no satisfacer este último requisito formal (coherencia), que consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar, porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y puesto que formularían defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión"*. Acerca de esta obligatoriedad el jurista Michelle Taruffo expresa: *"(...) este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica "privatista" del control ejercido por las partes y la óptica "burocrática" del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica "democrática" del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia". (La Obligación de Motivación de la Sentencia Civil, editorial Trotta, Madrid-España, 2011, p.361).*

Cumpliendo con la obligación de motivación antes señalada, éste Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

TERCERO: CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.- Es indispensable iniciar conceptualizando la expresión "recurso" constituido por *"aquellos medios de impugnación que trasladan el conocimiento del asunto a otro órgano judicial superior distinto al que dictó la resolución que se pretende impugnar, definiendo de tal forma al recurso de casación como un medio de impugnación de una resolución carente de firmeza, que viabiliza la reparación jurídica, material y moral de la insatisfacción ocasionada a quien no obtuvo un acto judicial conforme a sus aspiraciones de justicia." (Fairén Guillen, Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y la Ley Procesal, editorial Bosch, Barcelona España, 1990, p. 479).*

Respecto de la institución jurídica que nos ocupa y específicamente en materia laboral, el tratadista José Ignacio Ugalde González ha manifestado que *"el recurso de casación laboral es un recurso extraordinario cuyo propósito básico consiste en la defensa del ordenamiento jurídico, así como en la uniformidad de la jurisprudencia, y en todo ello tutelando los derechos de los litigantes al resolver el conflicto litigioso planteado. Este recurso permite en el orden jurisdiccional laboral, combatir la protección de la norma jurídica con la protección de los derechos de los litigantes." (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32).*

En esta misma línea, es importante recalcar que esta judicatura tiene a bien realizar el respectivo control de legalidad del fallo cuestionado en atención a lo dispuesto en el artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la Republica, especificando que el recurso de casación, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la ley, esto es por causales *in judicando* o también conocidos como vicios de juicio del tribunal o infracción de fondo; por causales *in procedendo* o vicios de actividad o infracción en las formas, de ahí que, las resoluciones emitidas por instancias inferiores puedan ser revisadas por esta Sala evitando generar agravio a las partes procesales. A través del recurso de casación se protege el derecho constitucional a la igualdad en aplicación de la Ley y la seguridad jurídica contenidos en los artículos 11 numeral 2 y 82 de la Constitución de la República, lo que equivale a afirmar que mediante este recurso se intenta obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional o lo que es lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia.

En el recurso de casación se produce un verdadero debate entre la sentencia y la ley, por lo que a decir de Víctor Julio Usme Perea: *"(...) la naturaleza del recurso de casación, no hay duda que es netamente dispositiva, lo que obliga al recurrente a presentar argumentos concretos y precisos encaminados a demostrar la manera como el juzgador violó la norma, acreditando con razones persuasivas , más no con un discurso tipo alegato propio de las instancias, la vulneración de la ley sustancial en la sentencia impugnada". (Recurso de Casación Laboral, Enfoque Jurisprudencial, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, p. 102).* La casación es un recurso 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,

la Corte de Casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso.

CUARTO: FUNDAMENTO JURIDICO.- La actora de la causa estima que los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al dictar el fallo han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 76 numerales 1 y 7 literal i); 169, 172 y 326 numeral 2 de la Constitución, artículos 5 y 8 del Código de Trabajo, artículos: 114, 115, 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, infracciones que las denuncia al amparo de las causales: primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

QUINTO: ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación.

Fundada en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la impugnante aduce que de la revisión del expediente judicial se colige que los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, han fundamentado su decisión en conjeturas y supuestos, más no en la realidad procesal, ni en la documentación anexa al expediente, lo cual deteriora los derechos laborales y constitucionales de la accionante, al omitir explicar los argumentos jurídicos y fácticos por los cuales, decidieron resolver de tal forma el fallo recurrido; vulnerando la garantía de la motivación contenida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución en concordancia con los artículos 273, 274 y 275 del Código del Procedimiento Civil, que disponen que la resolución deberá resolver todos los puntos trabados en la *litis* con claridad, en mérito del proceso sobre la base de los principios de justicia universal, por lo que considera que la decisión cuestionada es contradictoria con la prueba presentada.

La casacionista aduce además que, los jueces de apelación no han valorado las pruebas reproducidas por su parte, por lo que invoca la falta de aplicación de preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, contenido en el artículo 115 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que faculta a los juzgadores de instancia la valoración en conjunto del acervo probatorio bajo los lineamientos de la sana crítica y las solemnidades sustanciales que la norma sustantiva tiene para ello establecido, enmarcando este recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Respecto de la causal primera, no existe la correspondiente fundamentación, únicamente su enunciación.

SEXTO.- Al confrontar el texto de la sentencia con el memorial de censura y con el ordenamiento jurídico, de acuerdo a estas impugnaciones y con la finalidad de realizar el control de legalidad, este Tribunal realiza el siguiente análisis:

6.1.- CARGO BAJO LA CAUSAL QUINTA.- Del análisis del recurso interpuesto, respetando el orden que debe primar en el examen de los cargos de casación, por razones lógicas y de técnica jurídica, este Tribunal empieza el estudio por la causal quinta; la misma que procede: *"Cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contrarias o incompatibles"*. Tenemos por tanto dos vicios de casación que podría presentarse en el fallo: el primero se relaciona con los requisitos de fondo y forma de toda sentencia; la motivación es el requisito de fondo, por ello, el Juez se ve conminado a establecer las normas legales o principios jurídicos en los que sustenta su pronunciamiento, mientras que en la forma se refiere a los requisitos que exigen los artículos 275 y 287 del Código de Procedimiento Civil. El segundo vicio, opera frente a sentencias contradictorias o incompatibles, en las cuales no existe una lógica entre la parte resolutiva y los argumentos determinados en la parte considerativa, por tanto, el fallo se torna incompatible y no es posible su ejecución. Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sostiene que *"Debe entenderse que estos vicios deben emanar del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre este, la demanda y la contestación, 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 o no el vicio alegado."* (ANDRADE UBIDIA, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. Fondo Editorial Andrade y Asociados. 2005. p. 15 y16).

6.1.1.- La recurrente impugna el fallo de apelación por cuanto aduce que los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, fundamentan su

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

decisión en conjeturas y supuestos, no en la realidad procesal, deteriorando los derechos laborales y constitucionales de la accionante, al omitir explicar los argumentos jurídicos y fácticos por los cuales, decidieron resolver de determinada forma el fallo recurrido; vulnerando así la garantía de la motivación contenida en el artículo 76 numeral 7 literal **l)** de la Constitución de la República del Ecuador.

6.1.2.- Le corresponde a este tribunal de casación verificar si el fallo impugnado incurre en falta de motivación debiendo tener en cuenta las disposiciones de los artículos 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, al resolver todos puntos trabados en la *litis* mediante los cuales se debe proceder al análisis de fondo expuesto por los jueces de apelación quienes fundamentan su decisión en los artículos 8 del Código de Trabajo y hacen referencia a los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que dicho fallo cumple con: a) La parte expositiva: por cuanto en el contenido en los considerandos tercero y cuarto se realiza una descripción de los antecedentes del caso y la fundamentación y adhesión del recurso de apelación; b) La parte considerativa: se enmarca en el considerando quinto el cual contiene las explicaciones realizadas por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, y; c) La parte resolutiva expuesta en el considerando sexto mediante el cual niegan el recurso confirmando la sentencia dictada por el juez de primera instancia. Ahora bien a fin de comprobar si los argumentos expuestos en la parte considerativa no son contradictorios con la parte resolutiva; este tribunal recoge los argumentos expuestos por los jueces a quo: *"(...) se determina la inexistencia de la relación laboral entre la actora y el demandado y por ende no existe obligaciones laborales pendientes de pago, por consiguiente no se reconoce relación laboral debido a que no se cumplen con los elementos constitutivos de la misma en su totalidad, es decir, existe el acuerdo de las partes y la prestación de servicios lícitos y personales más no concurren la relación de dependencia o subordinación ya que la actora no se encontraba bajo el direccionamiento constante u órdenes del demandado por lo tanto no estaba bajo subordinación; así mismo no existe remuneración ya que la actora no percibía un sueldo fijo o salario fijo, sino en base a las obras de costura entregadas y canceladas por el demandado."* Lo expuesto permite concluir que no se verifica la infracción que se acusa, puesto que la motivación expuesta por el tribunal es determinante, sin embargo la recurrente en sus argumentos disiente con el criterio expuesto por los juzgadores, en tal virtud no procede el cargo acusado.

6.2.- CARGO BAJO LA CAUSAL TERCERA.- La causal tercera del artículo 3 de la Ley de la materia permite censurar la sentencia por *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto"*; esta causal *"... se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Para que prospere la casación por esta causal, el recurso debe cumplir estos requisitos concurrentes: 1.- Identificar en forma precisa el medio de prueba que, a su juicio, ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, determinados); 2.- Señalar, asimismo con precisión, la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido violada; 3.- Demostrar con lógica jurídica en que forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y 4.- Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por vía de consecuencia del yerro en la valoración probatoria...."*. (Corte Suprema de Justicia: Res. No. 193-2003, de 10 de septiembre de 2003; Res. No. 197-2003, de 11 de septiembre de 2003; y, Res. 217-2003, de 20 de octubre de 2003); lo cual se da cuando se yerra en la valoración del acervo probatorio, ya sea al tasar un medio de prueba que no está incorporado al proceso, al omitir valorar un medio de prueba que está incorporado al proceso y que es de importancia para la decisión de la causa, o cuando se valoran medios de prueba que no fueron pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; pero los cargos que se formulen para ser admisibles deben ser concretos, completos y exactos, por lo que se descartan los cargos vagos o in genere, en que no se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción que acusa. Sobre la falta de aplicación de los preceptos jurídicos invocados por la recurrente, Devis Echandia, expresa: *"La violación por falta de aplicación de la norma legal ocurre cuando siendo clara y aplicable al caso, el Tribunal se abstuvo de aplicarla en su totalidad o parciamente, por lo cual se lesionó un derecho o se dejó de aceptar una excepción, según la parte que haya recurrido. La falta de aplicación debe ocurrir a pesar de que los hechos regulados por la norma estén*

probados, el tribunal así lo reconozca y el recurrente no lo discuta en el cargo, pues no lo están, la norma no puede ser aplicada y su violación es imposible por este motivo, y si están probados pero el tribunal lo desconoce, se tratará de un error acerca de su prueba e indirectamente de violación de la norma legal, lo que configura un motivo diferente. También puede ocurrir, si el tribunal considera que los hechos no están probados y el recurrente no discute esa conclusión, sino la falta de aplicar consecuencialmente las normas sustanciales que determine..." (Compendio de Derecho Procesal, t. 1, Teoría General del Proceso, Pág. 412); y en relación a la no aplicación de normas de derecho, Carlos Calderón y Rosario Alfaro dicen: *"La inaplicación de normas de derechos material (...) constituye el desconocimiento de la norma de derecho material en su existencia, validez o significado"* (La Casación Civil en el Perú, edit. Normas Legales, Trujillo, Perú, 2001, p. 112); desconocimiento que pasa más por la aptitud y preparación del magistrado, quien debe manejar las distintas instituciones jurídica para determinar que norma resulta aplicable a un caso concreto.

6.2.1.- La casacionista aduce que los jueces de apelación no han valorado las pruebas reproducidas por su parte constante en el expediente judicial haciendo referencia a los recibos, confesiones judiciales de los testigos, del demandado y la confección ficta de la actora; por lo que invoca la falta de aplicación de preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, contenido en el artículo 115 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que faculta a los juzgadores de instancia realizar la valoración en conjunto del acervo probatorio bajo los lineamientos de la sana crítica y las solemnidades sustanciales que la norma sustantiva tiene para ello establecido, enmarcando este recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

6.2.2.- En virtud de lo manifestado por la recurrente corresponde hacer referencia a los razonamientos realizados por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, que en su parte considerativa contenida en el considerando quinto expresó: *"(...) el presupuesto fundamental en esta clase de juicios es la existencia del contrato de trabajo en los términos del Art. 8 del Código Laboral, en el caso sub lite la actora dirige su demanda en contra de Balseca Molina José Armando en calidad de Propietario y Gerente General de la empresa de confecciones "GAZZELLA". Al contestar la demanda el accionado, entre otras excepciones alegan inexistencia de relación laboral y falta de legitimo contradictor. Al respecto del análisis del proceso y la normativa respectiva se advierte: (...) 2.- Que el demandado alega la inexistencia de la relación laboral debido a que se manifestó en la audiencia efectuada ante el Inspector de Trabajo, en la que la actora expresó, que no cumplía con un horario de trabajo que las obras de confección las realizaba en su domicilio y que se le cancelaba de acuerdo a la entrega de las obras y por ende alega la improcedencia de la demanda; 3) De la confesión judicial que rinde la actora dentro de la Audiencia Definitiva al responder la pregunta 10, manifiesta: "Exprese bajo juramento rendido si es verdad, que usted en la Inspectoría de Trabajo reconoció no haber tenido horario de trabajo mientras confeccionaba las prendas de vestir? R: Bueno eso sí pero no porque no tenía horario, tenía que trabajar fuerte porque me llamaban y querían la ropa, a veces había mucho apuro y yo tenía que amanecerme trabajando (...) Exprese si es verdad, que jamás se le canceló ninguna remuneración, solo cobraba por las prendas confeccionadas? R: Sí (...) Verdad que usted nunca ha trabajado en las instalaciones de CONFECCIONES GAZZELLA? R: No, en mi casa; por lo tanto se determina la inexistencia de la relación laboral entre la actora y el demandado y por ende no existen obligaciones laborales pendientes de pago."* Siendo menester tener en cuenta que en el desarrollo de este considerando el Tribunal a quo, se limita a transcribir la confesión judicial de la demandada, omitiendo exponer los razonamientos mediante los cuales excluyen de dicho análisis la prueba documental y testimonial aportada al proceso por la actora de la demanda laboral, lo que claramente evidencia una actuación arbitraria por parte de los juzgadores.

Resulta indispensable determinar la situación laboral mediante la cual la recurrente desempeñaba sus labores como costurera de la empresa de Confecciones Gazzella, pues si bien los artículos 12 y 16 del Código de Trabajo establecen que los contratos pueden ser expresos cuando el empleador y el empleado pactan las condiciones en las que se desarrollará la labor de forma verbal o escrita, en el caso sub judice bajo la modalidad a destajo, que involucra un trabajo por unidades de obra cuya remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor; lo que implica claramente que la trabajadora no se sujeta a un horario preestablecido y a un lugar determinado para el correcto desempeño de su quehacer, lo cual no necesariamente debe ser proporcionado por el empleador.

Para, Stephen Robbins los *"contratos de trabajo a destajo tienen como particularidad el pago de una suma fija por cada unidad de producción terminada. Cuando un empleado no recibe un salario base y cobra sólo lo que produce, su plan de remuneración es a destajo puro; siendo así que mientras más trabaje mayor será su ganancia".* (Comportamiento Organizacional, décima edición, editorial Pearson Educación, México, pp. 199).

En este mismo orden de ideas, el artículo 19 del Código Laboral en su literal c), dispone que los contratos cuya modalidad es a destajo que superen un año deben realizarse por escrito, sin embargo el principio de la primacía de la realidad el cual ha sido recogido por la Corte Nacional de Justicia en sus múltiples fallos ha determinado que: *"se puede establecer que en materia laboral, no es un requisito para la existencia de la relación laboral el contrato escrito, disposición que tiene como punto de partida el principio de la primacía de la realidad, al suponer que en casos de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, deben estarse a lo primero, a que la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre realizando sus actividades. Ahora bien, parafraseando a Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento".*

Por tanto, es deber de los jueces tener en cuenta la realidad en la que se ha perfeccionado la relación laboral la misma que en atención a la disposición del artículo 8 del Código Laboral, describe como elementos del contrato individual de trabajo: el acuerdo de voluntades entre los contratantes, la prestación de servicios lícitos y personales; la dependencia o subordinación; y, el pago de una remuneración.

En el caso *sub examine,* de la confesión judicial rendida por el demandado se desprende que acepta que le conoce a la actora y que le otorgaba piezas para la confección, manifiesta además que por armar dichas piezas le pagaba por obra realizada. Lo cual, permite determinar que existió un acuerdo entre la actora y el demandado que consistía en la entrega de un determinado número de piezas cosidas, estando dicha actividad relacionada directamente con el fin de la empresa de confecciones Gazzella, lo cual constituye una actividad lícita y personal por cuanto la actora en su confesión judicial reconoce que trabajaba en su casa con el objeto de cumplir la labor a ella encomendada, sin la ayuda de otras costureras, es decir, se justifica la existencia de la relación laboral bajo la modalidad a destajo, la misma que no fue negada por el empleador. Incurriendo de esta manera el Tribunal ad quem en la infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que conduce o la vulneración del artículo 8 del Código de Trabajo.

El tratadista mexicano Mario de la Cueva al analizar respecto de los elementos de la subordinación y el salario ha manifestado: que el elemento de la subordinación sirve para diferenciar la relación de trabajo de otras prestaciones de servicios (...) expresa que la Ley había consignado dos elementos para configurar el contrato de trabajo; la dirección y la dependencia, de los cuáles el primero servía para designar la relación técnica que se da entre el trabajador y el patrono, que obliga a aquél a prestar el trabajo siguiendo los lineamientos, instrucciones y órdenes que reciba, en tanto el segundo se refería a la relación económica que se creaba entre el prestador de trabajo y el que lo utilizaba, una situación de hecho consistente en que la subsistencia del trabajador depende del salario que percibe. (...) ii El salario como elemento de la relación de trabajo: Sabemos que la relación jurídica nace por el hecho de la prestación del trabajo personal subordinado; por lo tanto, para su existencia es suficiente la presencia de un trabajador y un patrono, y el inicio de la prestación de un trabajo, aunque no se hayan determinado el monto y la forma de pago del salario. De lo que deducimos que el salario, si bien en el campo de la teoría es un elemento constitutivo de la relación, en la vida de ella aparece a posteriori, como una consecuencia de la prestación del trabajo (...)". (El Nuevo Derecho Mexicano de Trabajo. Cuarta Edición. Editorial Porrua. S.A. México. pp. 201-204).

Aplicando lo expuesto, al análisis de la causal invocada la señora Grey Diocelina Farías Basurto, recibía en la empresa de Confecciones GAZZELLA la ropa – piezas que debía armar cumpliendo los requerimientos del empleador pues así lo expresa el demandado en su confesión judicial, con lo que claramente se evidencia que en efecto existió una subordinación y en consecuencia una remuneración, la cual ha sido presentada como prueba documental de la actora constante a fojas 4-50 del expediente de primera instancia, las mismas que no fueron tomadas en cuenta a la hora de resolver la litis, por lo que, se ha verificado el yerro de falta

de aplicación de la disposición legal contenida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

6.3.- CARGO BAJO LA CAUSAL PRIMERA.- Si bien la recurrente en el numeral 3 de su recurso hace alusión a la determinación de las causales en las que fundamenta su recurso enuncia en el literal a) la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, sin embargo en el desarrollo de su recurso no realiza alegaciones respecto de dicha causal, al no existir determinación de las normas sustantivas infringidas, por lo que no procede realizar el correspondiente análisis.

SÉPTIMO.- Confrontada la impugnación con la argumentación de la sentencia cuestionada, este Tribunal procede a casar la sentencia, consecuentemente, en aplicación de lo previsto en el inciso primero del Art. 16 de la Ley de Casación que dice: *"Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto."*, esta Sala procede a dictar **sentencia de mérito,** para cuyo efecto considera:

7.1.- Este Tribunal de Casación es competente para resolver la presente causa, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en los Arts. 1 y 16 de la Ley de Casación.

7.2.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que haya influido o pudiere influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez del proceso.

7.3.- De la demanda de la actora señora Grey Diocelina Farías Basurto, se deduce la afirmación de haber prestado sus servicios lícitos y personales en calidad de costurera bajo la modalidad de contrato a destajo para el señor José Armando Balseca Molina en calidad de Gerente General y Propietario de la Empresa de Confecciones Gazzella desde 5 de marzo de 1985 hasta el 15 de mayo del 2011, fecha en la que aduce fue despedida siendo su última remuneración doscientos setenta dólares de Estados Unidos de Norteamérica. En tal virtud demandó a su patrono el pago de catorce rubros que constan en el libelo de su demanda.

7.4.- Citado legalmente el demandado designó a su abogado defensor y señala casillero judicial para recibir sus futuras notificaciones. En la Audiencia Preliminar ha comparecido el abogado defensor del demandado y presenta como excepción a la demanda: *"alega inexistencia de relación laboral y falta de legitimo contradictor"*; solicita como prueba confesión judicial de la actora y repreguntar a los testigos de la accionante. Trabada así la Litis, posteriormente se realiza la Audiencia Definitiva, a la que asiste la actora Grey Diocelina Farías Basurto con su abogado patrocinador Ab. Rodolfo Santillan Andrade; y, el Ab. Milton Estuardo Campoverde Paladines, y el demandado José Armando Balseca Molina. Se recibe la confesión judicial y el juramento deferido de la actora; se reciben los testimonios de los testigos presentados por la actora, quienes son repreguntados por el abogado del demandado. De igual forma se recibe la confesión judicial del demandado y los testimonios de los testigos presentados por este, las partes presentan sus alegatos en derecho. Concluido el trámite el señor Juez de la Unidad Judicial Civil, Mercantil y Laboral del Cantón Santo Domingo en fallo del 20 de mayo de 2014 a las 15h31, desecha la presente acción.

7.5.- La señora Grey Diocelina Farías Basurto ha probado la relación laboral con la empresa demandada, con la confesión judicial del demandado quien claramente ha expresado que le daba piezas para su confección a la actora, que la frecuencia con la que le contrataba era indistinta y quien reconoce los comprobantes de egreso - prueba documental presentada por la actora, como emitidos en su empresa, con lo que ha quedado demostrado que la actora trabajó para la empresa Confecciones Gazzella en calidad de costurera bajo la modalidad a destajo, existiendo constancia del inicio de la relación laboral tal y como se desprende de los comprobantes de egreso con fecha 30 de noviembre de 2000 hasta el 08 de abril de 2011, fecha en la que no volvió la trabajadora a la empresa, siendo su última remuneración percibida la cantidad de doscientos setenta dólares mensuales (US$. 270,00) según ha manifestado en el libelo de su demanda y en el juramento deferido.

7.6.- Probada la relación laboral la carga de la prueba se invierte y corresponde a la parte empleadora demostrar que ha cumplido con las obligaciones previstas en el artículo 42.1. del Código de Trabajo (contrato verbal), al no haberlo hecho, se dispone el pago de los siguientes rubros: **a)** el pago de la décimo tercera remuneración desde el mes de noviembre de 2000 a 8 de abril del 2011; **b)** el pago de la décimo cuarta remuneración desde el mes de noviembre de 2000 al 08 de abril de 2011; **c)** el pago de vacaciones anuales que le corresponden por los años 2001 a 2011; **d)** por cuanto no consta que la actora haya sido afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, procede el pago

de los fondos de reserva de los años 2001 a 2011 con el interés respectivo.

7.7.- En razón de que no se ha justificado, NO PROCEDE el pago por concepto de: despido intempestivo, el triple del recargo de la última remuneración, utilidades, bonificación complementaria y compensación por el alto costo de la vida, jubilación patronal.

7.8.- En cumplimiento de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. No. 138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordenan pagar, para lo cual se tienen como tiempo de servicio desde noviembre de 2000 al 08 de abril de 2011, y como remuneraciones percibidas los salarios mínimos y básicos establecidos en el país; siendo la última remuneración US$. 270,00. **Haberes: 1)** Décima tercera remuneración correspondiente de noviembre de 2000 hasta abril de 2011, por un valor total de $1034,04; **3)** Décima cuarta remuneración correspondiente a noviembre de 2000 hasta abril de 2011, por un valor total de $ 1175,38; **4)** Vacaciones de los años 2000 al 2011 dan un total de $1034.04; 5) Fondos de reserva, correspondiente a los años 2001 a 2011 dan un subtotal de $ 1411.53 más el 50% de recargo según lo dispone el artículo 202 Código de Trabajo ($705.76), dan un total de $5360.75.

SÉPTIMO: FALLO.- En orden a todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** CASA la sentencia dictada por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 03 de septiembre de 2014 a las 08h11, y ordena que el demandado José Armando Balseca Molina, por sus propios derechos y como representantes de la de la empresa de Confecciones Gazzella, paguen a la actora la cantidad de CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (US$. 5360.75) valor al que ascienden los rubros que se ordenan pagar. El Juez de Origen, en la etapa de ejecución deberá calcular los intereses en los haberes a los que se refiere el artículo 614 del Código de Trabajo, aplicando la tasa de interés legal vigente a la fecha de esta sentencia que se constituye en definitiva al haberse casado la de segunda instancia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 588, inciso último del Código del Trabajo se condena en costas a la parte demandada, regulándose los honorarios del abogado de la actora en el 5% del valor que se ordena pagar.- **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL; Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcazar, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución nro. 368-2016
Juicio nro. 228-2016

Juicio laboral por jubilación patronal, propuesto por:
José Nolberto Llumitasig, en contra de:
"Cuerpo de Ingenieros del Ejército"

SÍNTESIS

El actor José Nolberto Llumitasig, demanda al Cuerpo de Ingenieros del Ejército y al Procurador General del Estado, señalando que laboró como ayudante de equipo pesado con un horario de 6h00 a 18h00 de lunes a domingo, veintidós días de trabajo y siete de descanso, percibiendo como remuneración USD 445,00 laborando por un lapso de 31 años 10 meses, que solicita el pago de la jubilación patronal de conformidad con lo que determina el Art. 216 del Código del Trabajo, las décimas terceras, décimas cuartas pensiones jubilares, costas procesales e intereses desde el 01 de noviembre de 1979, hasta el 31 de julio del año 2013, fecha en la que concluyó la relación laboral. El juez de primer nivel analizados los documentos y pruebas agregadas al proceso acepta parcialmente la demanda propuesta por el actor y ordena a la entidad demandada pague al actor: cálculo de pensión jubilar mensual que deberá ser cancelada, promedio de los cinco últimos años conforme la certificación del IESS, multiplicado por el 5%, factor multiplicado por los años de servicio dividido para la coeficiente de edad (68 años a la fecha), que deberá cancelarse mensualmente de por vida y hasta un año después de la muerte del ex trabajador, más las remuneraciones adicionales de ley, tomando en consideración la separación del trabajador 31 de julio de 2013, a la presente fecha tenemos al mes de septiembre de 2015, pago de la décima tercera remuneración a septiembre del 2015, pago por décima cuarta remuneración a septiembre del 2015 y las pensiones jubilares que sigan venciendo en forma mensual y vitalicia hasta el año posterior al fallecimiento del actor, al igual que las décimas tercera y cuarta pensiones jubilares. Se pagarán los intereses de conformidad con lo que determina en el Art. 614 del Código del Trabajo, los mismos que se calcularán al momento de la sentencia. De conformidad con lo que determina el Art. 610 del Código del Trabajo elévese esta sentencia en consulta al superior. Inconforme con esta resolución la entidad demandada y el Delegado de la Procuraduría General del Estado, interponen recurso de apelación, el Tribunal de instancia ratifica que para el cálculo de la jubilación patronal, se toma en cuenta el promedio de remuneración de los últimos cinco años de servicio y dividido para el coeficiente por la edad, lo que da como resultado la pensión jubilar mensual, y a la cual deben agregarse las décimas terceras y décimas cuartas pensiones jubilares. La liquidación realizada por el juez de instancia, es correcta y se la confirma, por lo que se rechazan los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la Procuraduría General del Estado. Queda atendida la consulta solicitada por el juez a quo y en los términos de esta sentencia confirma la sentencia subida en grado. Inconforme con el Tribunal de apelación el demandado interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, las normas que considera infringidas son Arts. 39 numeral 5 y 183 de la Constitución Política de la República del año 1998, vigente a la época de la terminación de la relación laboral y el Art. 7 del Código Civil. El Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia considera que para la determinación del derecho de jubilación patronal, se tomará en cuenta todo el tiempo de servicio para el empleador, en condición de obrero, como lo establece el Art. 216 del Código del Trabajo,

en consecuencia el Tribunal ad quem, aplica correctamente la normativa pertinente al caso, sin que se evidencia las infracciones acusadas por el recurrente, por lo expresado se desechan los cargos propuestos por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación y en consecuencia no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 228-2016

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.

Quito, jueves 2 de junio del 2016, las 14h45.- **VISTOS:** En el juicio laboral seguido por Jose Nolberto Llumitasig en contra del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, en la persona de su representante legal, General de Brigada Pedro Antonio Mosquera Burbano, a quien demanda también por sus propios derechos; y del Procurador General del Estado; la parte demandada formula recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 11 de diciembre del 2015, las 10h27, que confirma la sentencia de primera instancia que acepta parcialmente la demanda.- El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto el Tribunal hace las siguientes consideraciones: PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Admitido a trámite el recurso por la Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Conjueza de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 7 de marzo de 2016, las 09h48, corresponde a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado conforme a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, como consta de la razón que obra del expediente.- SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: El recurso de casación interpuesto por el Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército motivo de este análisis se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Las normas que considera infringidas son: artículos 39 numeral 5 y 183 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente a la época de la terminación de la relación laboral; y, del artículo 7 del Código Civil. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. El recurso de casación se fundamenta en los siguientes cargos: 2.1.- CAUSAL PRIMERA: La parte recurrente alega en primer término que en la sentencia impugnada no se aplica lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente al momento de la relación contractual, al considerar erróneamente a un ex empleado civil de las Fuerzas Armadas como trabajador amparado por las normas del Código del Trabajo. Que se dejó de aplicar esa norma que prescribía un ordenamiento jurídico propio para las Fuerzas Armadas, dentro del cual se encuentra la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, que contiene normas que regulan las relaciones de los empleados civiles y las Instituciones de las Fuerzas Armadas, como es el caso del actor. Posteriormente el Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, vigente desde el 11 de enero de 2007, incluye en el literal j) del artículo 1, al Personal Civil de la Fuerza Pública y diferencia a los servidores públicos regidos por la LOSSCA y los trabajadores regidos por el Código del Trabajo; manifestando que, los empleados civiles del Cuerpo de Ingenieros del Ejército no estaban amparados por el Código del Trabajo, por lo que la jubilación patronal solo está amparada desde el año 2007. Expresa que no es legalmente posible que se otorgue un beneficio al accionante aplicando una norma que no estaba vigente a la fecha de su ingreso a la Institución, pues la relación contractual se regía por la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y el Reglamento de Empleados Civiles vigente al año de

1979, fecha de ingreso del actor; tanto así que esa Ley y Reglamento no contemplan indemnizaciones a sus empleados civiles por despido intempestivo.- Con fundamento en esta misma causal, el recurrente alega la errónea interpretación del artículo 35 numeral 9 de la Constitución de la República de 1998, el cual establece que las instituciones del Estado que ejerzan actividades que no se puedan delegar al sector privado, las relaciones con sus servidores se regularán por el derecho administrativo, con excepción de las relacionadas con sus obreros que estarán amparadas por el derecho del trabajo, y que las Fuerzas Armadas ejercen actividades estratégicas y de seguridad nacional que no se pueden delegar al sector privado, por lo tanto, las relaciones con sus empleados civiles se regulaban por la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y no por el Código del Trabajo. Como tercer cargo el recurrente expresa que en la sentencia se ha dejado de aplicar el artículo 7 del Código Civil, cuando se aplica retroactivamente el reconocimiento de un derecho contemplado en el Código del Trabajo sin tomar en cuenta que ese derecho para los empleados civiles de las Fuerzas Armadas se estableció a partir de la publicación del Decreto Ejecutivo No. 2474 con el Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y fue aplicable por ley, con la publicación de la Ley de Defensa Nacional de 19 de enero de 2007. TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; el recurso de casación tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación señala: "Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de las sentencias proferidas con violación de las reglas de derecho, o sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación es una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley sea estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comento, hace ya cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia" (Recurso de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73). El Dr. Santiago Andrade Ubidia al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: "La Función de la Casación es constituir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública...". (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 17).- CUARTO.- Análisis del recurso de casación. Motivación: Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra 1) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamiento jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida. El tratadista Michele Taruffo sobre la motivación expresa:..."el <contenido mínima esencial> de la motivación equivale a lo que ha sido definido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

como justificación en primer grado. En síntesis, la misma comprende: 1) la enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprende de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados, (...); 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas. La necesidad de estas tres categorías de requisitos para la existencia de la motivación podría justificarse analíticamente, pero es suficiente recordar lo que se ha sostenido en materia del modelo general de la motivación; lo único que falta añadir es que todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno solo de ellos es suficiente para imposibilitar el control externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en torno del fundamento racional de la decisión." (Taruffo Michele, La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407-408). Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: 4.1.- ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.".- Corresponde a los errores que en Doctrina se conocen como "in judicando", es decir, de juzgamiento, cuando ha existido en el fallo la violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios. La infracción de una norma de derecho se produce cuando el juzgador no ha efectuado la correcta subsunción de los hechos en el contenido hipotético, abstracto o genérico de la norma; cuando la jueza, juez o tribunal de instancia da por ciertos determinados hechos materia de la litis, realiza un ejercicio de lógica jurídica al establecer si aquellos encajan o no en la hipótesis de la disposición legal que sería aplicable al caso y las consecuencias que aquella ha establecido, para sustentar su decisión. Esta causal contempla tres diferentes tipos de infracción, que son autónomos e independientes entre sí, por ello el casacionista deberá identificarlos con absoluta precisión; estos son: a) aplicación indebida, que se produce cuando el juzgador elige una norma que no corresponde al caso que se está juzgando, que no se relaciona con los hechos materia de la litis; b) falta de aplicación, es un error de omisión, ya que el vicio consiste en que el juzgador no aplica la norma que efectivamente corresponde al caso materia del litigio; y, c) errónea interpretación está constituida por una equivocación de hermenéutica jurídica, en tal caso el juez ha elegido correctamente la norma aplicable al caso, pero al interpretarla le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al texto de la Ley, dando como resultado una consecuencia distinta a la prevista en la norma. Es importante señalar que bajo esta causal no corresponde analizar los hechos ni las pruebas, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Otro aspecto importante en esta causal, es que el error sea relevante en la decisión de la causa, es decir, que si no hubiere incurrido en la equivocación, el resultado en la sentencia habría sido distinto.- 4.1.1.- En el presente caso con respecto a los cargos propuestos por la causal primera, este Tribunal advierte: a) El artículo 183 de la anterior Constitución del Estado define la constitución, misión y objetivos de la Fuerza Pública, que estarán regulados por la ley.- La Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, a la que alude el recurrente, fue reformada mediante Ley No. 2007-75 promulgada en el Registro Oficial No.5 de 22 de enero de 2007; sustituyéndose los artículos 4 y 5 y eliminándose los artículos 15, 16 y 17, normas que regulaban la situación del personal civil que laboraba en las Instituciones de las Fuerzas Armadas, de tal manera que aquellos empleados civiles pasaron a estar regulados por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Publico, en el caso de los servidores públicos y por el Código del Trabajo, para el caso de los obreros; por lo tanto, al modificarse el régimen jurídico relativo al personal civil que presta sus servicios en las Instituciones de las Fuerzas Armadas, es el nuevo régimen legal el que será aplicable a ese personal, porque así lo ha establecido la ley. Es inadmisible la pretensión del recurrente que para el caso del accionante se apliquen las normas legales vigentes a la época en que fueron contratados sus servicios (noviembre de 1979) como si este régimen debería permanecer inmutable durante todo el tiempo de existencia de la relación laboral y no fueren aplicables al actor las reformas legales que se hubieren introducido en esa materia. Las leyes

contienen mandatos que rigen desde su promulgación y en lo futuro, de tal manera que si es voluntad del legislador modificar la situación de las relaciones jurídicas de los empleados y trabajadores en general, la nueva normatividad es la que será aplicable a cada caso en consideración a los hechos que motivan el reclamo y no las disposiciones que estuvieron vigentes a la fecha en que la persona ingresó a prestar sus servicios en alguna de las Instituciones de las Fuerzas Armadas.- Cuando se produce un conflicto individual de trabajo originado en la terminación unilateral de la relación laboral, el régimen jurídico aplicable es el que está vigente a la fecha en que se da la ruptura de esa relación; debiendo entonces el juzgador aplicar las normas jurídicas pertinentes al momento en que se ha producido el supuesto fáctico que motiva la demanda, sin que aquello implique la aplicación de normas jurídicas con efecto retroactivo, como equivocadamente asevera el recurrente, cuando expresa que en el asunto materia de esta causa, se debió emplear disposiciones ya derogadas que estuvieron vigentes cuando se contrataron los servicios del actor, por lo que carece de fundamento la acusación de falta de aplicación del inciso primero del artículo 7 del Código Civil. b) En lo referente a la errónea interpretación del artículo 35 numeral 9 de la Constitución Política del Estado, es necesario aclarar que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, creado mediante Decreto Ejecutivo No. 134, publicado en el Registro Oficial No. 30 de 14 de octubre de 1968, tiene por objetivo la ejecución de obras civiles en coordinación con otras Secretarias de Estado, por tanto, su tarea no es estrictamente de carácter militar, tanto más que el actor se desempeñaba como Ayudante de Equipo Pesado, funciones que corresponden específicamente a las de un obrero; y es una actividad que no está directamente vinculada con cuestiones estratégicas ni seguridad nacional, que es una de las misiones que ejercen las Fuerzas Armadas a través de su personal militar en servicio activo; en consecuencia, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército no realiza actividades que no puedan ser asumidas total o parcialmente por el sector privado. c) No se evidencia que en el fallo de segundo nivel se hubiere aplicado retroactivamente la ley, en contravención a la regla primera del artículo 7 del Código Civil, pues al momento en que se produjo la terminación de la relación laboral, la norma aplicable es el artículo 326.16 de la Constitución de la República que dispone: "El derecho al trabajo se sustentará en los siguientes principios:16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en la que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo." El actor venía desempeñándose como Ayudante de Equipo Pesado, que está considerada como actividades propias de un obrero sujeto al derecho laboral, conforme la disposición del artículo 10 del Código del Trabajo. El Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero del 2010, que reformo el Decreto Ejecutivo No. 1701 de 30 de abril del 2009, en su numeral 1.1.1.4, aclara este tema cuando dispone: "Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.".- Finalmente, se debe considerar que para la determinación del derecho a la jubilación patronal, se ha de considerar todo el tiempo de servicio para el empleador, en condición de obrero, conforme lo establece el artículo 216 del Código del Trabajo.- En consecuencia, el Tribunal ad quem, aplica correctamente la normatividad pertinente al caso, sin que se evidencie las infracciones acusadas por el recurrente; por lo expresado, se desechan los cargos propuestos por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. DECISIÓN: Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Laboral de La Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, NO CASA la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 11 de diciembre de 2015, las 10h27.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

VII

Resolución nro. 0612 -2016
Juicio nro. 2030-2015

Juicio laboral de impugnación del Acta de Finiquito y Pago de Pensiones Jubilares, propuesto por: TITO ALONSO HARO HARO, en contra de: "EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA TRANSELECTRIC S.A. MINISTERIO DE ELCATRICIDAD Y ENERGÍA Y OTROS"

SÍNTESIS

El actor Tito Alonso Haro Haro, presenta la demanda en contra de: " EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA TRANSELECTRIC S.A. MINISTERIO DE ELETRICIDAD Y ENERGÍA Y OTROS", En su demanda manifiesta que al finalizar la vida jurídica de INECEL, el 31 de marzo de 1999, le despidieron de su trabajo por parte del liquidador de INECEL, en liquidación, que no fue incorporado a ninguna de las empresas eléctricas creadas, contraviniendo lo establecido en la Ley de Régimen del sector eléctrico, que firmaron una acta de finiquito, la misma que no es pormenorizada ni se liquidan los rubros a que tiene derecho, que en el acta de finiquito se hace mención a que el rubro de jubilación patronal mejorada se hará constar en la respectiva liquidación, no obstante no se recibirá dicho beneficio, se hace constar que en la liquidación recibida consta el rubro de la jubilación mejorada, que mediante decreto ejecutivo se dispone al Ministerio de Energía y Minas el cierre contable, presupuesto y técnico de INECEL con los mecanismos para manejo de los bienes con los que contaba dicha entidad, que, impugna por ilegal y por contener afirmaciones falsas; el juez de primera instancia luego de un análisis a cada una de las pruebas aportadas, admite que la resolución del conflicto se soluciona justamente en la ratificación del actor en su voluntad de suscribir el acta de finiquito, en la que se liquidan valores y se ceden posibles obligaciones entre las partes, el actor reconoce que ha suscrito el acta de finiquito, con la que se puso fin a la relación laboral, por lo que siendo el punto central del reclamo, el juzgado desecha la demanda por improcedente. Inconforme con esta resolución el actor interpone recurso de apelación al que se adhiere el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en tal virtud la relación laboral concluyó con la firma del Acta de Finiquito, legalmente celebrada, cumpliendo con la disposición del Art. 595 del Código del Trabajo, pues es pormenorizada y celebrada ante el Inspector del Trabajo y tiene plena validez jurídica, por lo que es improcedente la impugnación de la misma, observándose que el trabajador no ha demostrado que su voluntad de suscribirla, adolezca de un vicio del consentimiento a los que se refiere el Art. 1467 del Código Civil, en virtud de lo descrito este Tribunal adquem, desecha el recurso de apelación interpuesto por la accionante, la adhesión del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y en los términos de esta sentencia confirma la subida en grado. Inconforme con esta resolución el actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Argumenta que los señores Jueces de la Sala han infringido las siguientes normas de derecho: Art. 35 numerales 4 y 5 de la Constitución Política de 1998, 1, 11 numerales 2 y 6, 326 numeral 2 y 13, 426 de la Constitución de la República, 4 y 5 del Código del Trabajo, 1483 y 1561 del Código Civil, 115, 117, 176 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; 3 numerales 1 y 2 de la Ley Reformatoria del Sector Eléctrico que declara la liquidación del Instituto Ecuatoriano de Electrificación INECEL, R.O.S. Nro. 37 de 20 de septiembre de 1998; Fallos Jurisprudenciales. De lo anotado se colige

que a la fecha de la terminación de la relación laboral es decir el 31 de marzo de 1999, la regla tercera del Art. 216 no se encontraba vigente, por lo tanto no era posible la transacción en cuanto a la pensión jubilar, en consecuencia al evidenciar el vicio de falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales mencionados en el proceso y acogiendo el criterio emitido por la Corte Constitucional en un caso similar al presente caso se procede a casar la sentencia emitida por los jueces de alzada, correspondiendo el análisis de la pretensión del actor para cuyo efecto se toma como tiempo de servicios el establecido en la sentencia de alzada comprendido en el período desde 4 de noviembre de 1974 hasta el 31 de marzo de 1999, es decir por más de 24 años, 4 meses, 27 días que estipula la cláusula 97 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre INECEL y el Comité de Empresa Nacional Único de los Trabajadores CETI. Al no existir constancia procesal respecto de las remuneraciones percibidas por el Trabajador en los últimos cinco años, se estará a las mínimas vigentes en cada año. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Laboral, (...) casa la sentencia y, aceptando parcialmente la demanda ordena que el Procurador General del Estado, en su calidad de representante legal del Estado Ecuatoriano, a través del Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en virtud de que la Subsecretaría de Electrificación es una dependencia directa del indicado Ministerio, pague al accionante, la cantidad de NUEVE MIL SESENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA con 36/100 ctvs. (USD. 9.064,36), por concepto de pensiones jubilares mensuales y adicionales establecidas en la Ley.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 2030-2015

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.

Quito 15 septiembre 2016, las 12h49.-

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Tito Alonso Haro Haro, en contra de Empresa de Transmisión Eléctrica TRANSELECTRIC S.A., Ministerio de Electricidad y Energía y Otros, el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictó sentencia el 6 de agosto de 2015, las 13h28, en la que desecha el recurso de apelación interpuesto por el accionante, la adhesión del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, y en los términos de esa sentencia confirma la subida en grado, es decir, que rechaza la demanda por improcedente. Inconforme con esta decisión, el actor interpone recurso de casación, mismo que fue admitido por la doctora Janeth Santamaría Acurio, Conjueza Nacional de la Sala de lo Laboral, en auto de 10 de mayo de 2010, las 15h36, por las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de fecha 28 de enero de 2015 integró sus seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia conforme lo dispone el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el R. O. Suplemento 38 de 17 de julio de 2013. 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, así como del sorteo que obra del expediente (fj.42). Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente; doctor Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional; y, doctora Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.

II
FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurrente amparado en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, manifiesta en su recurso, que los señores jueces de la sala de apelación, en la sentencia impugnada, han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 35 numerales 4 y 5 de la Constitución Política de 1998; 1, 11 numerales 2 y 6, 326 numeral 2 y 13, 426 de la Constitución de la República; 4 y 5 del Código del Trabajo; 1483 y 1561 del Código Civil; 115, 117, 176 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; 3 numerales 1 y 2 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que declara la liquidación del Instituto Ecuatoriano de Electrificación INECEL, R.O.S. N° 37 de 20 de septiembre de 1998; fallos jurisprudenciales: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 14 de mayo de 1981, Gaceta Judicial S. XIII, No. 13, pág. 2987-88; sentencia Segunda Sala de lo Laboral y Social de 7 de octubre de 2003, R.O. 273 de 13 de febrero de 2004, juicio 84-2000 M, Gálvez E. Valdivieso; sentencia de la Corte Suprema Justicia de 29 de septiembre de 1960 (GJ, S. IX No. 7, pág. 948); fallo de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de 18 de junio de 1997, dentro del juicio laboral incoado por la abogada Yolanda Vinueza Carrera en contra de INECEL; fallo de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 1994, así como fallos dictados que reconocen a los trabajadores del ex – INECEL, la indemnización establecida en la cláusula 17 del contrato colectivo de trabajo, y el beneficio de la jubilación patronal.

III
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, su finalidad es 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. El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."*: así también en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se ha establecido que: *2.- Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los*

principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación." Es decir, que el derecho al trabajo es de carácter universal, ya que todas las personas deben tener acceso a una fuente laboral lícita, la cual les permitirá obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades y por ende vivir con dignidad.

IV

4.1.- ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- MOTIVACIÓN: Este Tribunal de Casación, acorde al mandamiento contenido en el artículo 76. 7, literal l) de la Constitución de la República, que establece: *"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"*; observa que la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución judicial. Por lo que, al emitir su pronunciamiento debe hacerlo sustentado en el ordenamiento legal vigente, así como, en los principios generales del derecho, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que las partes sientan esa certidumbre que otorga el obtener una sentencia motivada. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11-SEP-CC, del caso No. 1252-10-EP, respecto a la motivación señaló: *"Este derecho de motivación se articula plenamente 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, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces 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 determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. [...]"*. El tratadista Fernando de la Rúa, sostiene que: *"El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el Juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados..."*. (Fernando de la Rúa, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150). Por consiguiente, cumpliendo con la disposición constitucional anteriormente señalada, luego de analizar el recurso de casación, la sentencia impugnada, y confrontarla con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos imputados a la sentencia bajo las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **4.1.1.- CAUSAL TERCERA.-** Esta causal del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, hiciera el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: **1.** Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes, y cualquier otra prueba admitida por la ley). **2.** Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. **3.** Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, **4.** Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado

erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. Con cargo a esta causal, el recurrente acusa que en la sentencia impugnada no se consideró ni valoró la prueba que solicitó y que fue legalmente actuada en el proceso, y con la cual demostró que las reclamaciones formuladas en su demanda, relativas al pago de la indemnización contemplada en la cláusula 99 del cuarto contrato colectivo único de trabajo INECEL-CETI, por no haber sido insertado en TRANSELECTRIC S.A., en lugar de la indemnización de 8.5 veces su sueldo básico mensual por cada año de servicios de INECEL que le fuera cancelada; el pago de la jubilación prevista en el artículo 219 del Código del Trabajo y la cláusula 97 del referido instrumento contractual, y los recargos e intereses de los artículos 94 y 611 del Código del Trabajo, y los recargos contemplados en la cláusula 19 del contrato colectivo de trabajo. Que la no valoración de dicha prueba constituye una evidente violación de los artículos 115, 117 y 176 del Código de Procedimiento Civil, así como de los artículos 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cuanto a la necesidad de que se considere la prueba actuada. Que entre las pruebas que no han sido valoradas por los jueces de primer y segundo nivel, se destacan: los numerales 1 y 2 de la cláusula segunda del convenio suscrito el 18 de diciembre de 1996, entre INECEL –CETI; numeral 9 del Procedimiento para la Terminación de Relaciones Laborales del Personal de INECEL y el Comité de Empresa Nacional Único de los Trabajadores de INECEL de 7 de abril de 1998, infringiendo lo dispuesto en el artículo 176 del Código del Trabajo; numeral 4 del Procedimiento para la Aplicación de la cláusula 99 del cuarto contrato colectivo de trabajo; acta transaccional suscrita ante el Director Nacional de Mediación Laboral del Ministerio de Trabajo, de 14 de agosto de 1999 entre INECEL –CETI; acta compromiso de 19 de marzo de 1999; artículo 17 del cuarto contrato colectivo único de trabajo INECEL-CETI, que no se considera el contenido de la liquidación pormenorizada de haberes e indemnizaciones, cuyo monto le fue pagado después de varios meses de suscrita el acta de finiquito, de la que se desprende que ha laborado por más de 20 años de servicio, por lo que considera debió aplicarse el artículo 219 del Código del Trabajo, sin que en la misma exista constancia sobre el monto y la forma de cálculo del haber individual de dicha jubilación patronal mejorada. Que INECEL se obligó a insertar a sus trabajadores a las empresas constituidas conforme a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, por ello los trabajadores procedieron a suscribir el acta de finiquito, compromiso que fue incumplido por el fondo de solidaridad, pese a que dichas disposiciones contractuales estuvieron vigentes hasta el 31 de marzo de 1999, la sala laboral ignora y hace caso omiso, a lo prescrito en el numeral 9 del Procedimiento para la Terminación de las Relaciones Laborales del Personal INECEL y en el numeral 3 del Acta Transaccional, y que no se distinguió dos situaciones, la primera relativa a la incorporación de los trabajadores a las empresas constituidas por INECEL con una indemnización de 8.5 sueldos básicos por cada año de servicios; y, la segunda, referente al pago de la indemnización estipulada en la cláusula 17 del Contrato Colectivo de Trabajo a favor de los trabajadores que no fueron incorporados en las empresas indicadas, inaplicando el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se repara, que no es lo mismo la situación de sus compañeros que fueron insertados en una de las empresas de INECEL, recibiendo el pago de 8.5 sueldos básicos por cada año de servicio en dicha entidad. Que no se ha valorado la cláusula 97 del Contrato Colectivo de Trabajo, que se refiere a la jubilación patronal a cargo de INECEL, disposición que nada tiene que ver con la artificiosa "jubilación patronal mejorada del trabajador en aplicación del artículo 219 del Código del Trabajo" contemplada en el acta de finiquito. Que no se ha considerado el Acta de Resoluciones No. 25/96 de 5 de diciembre de 1996, que también establece la jubilación patronal a cargo de INECEL. Finalmente aduce que se ha inaplicado el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se sostiene la validez del acta de finiquito, afirmándose que no tiene derecho al beneficio de la jubilación patronal, reconocida a su favor por INECEL en el mismo instrumento. **4.1.4.- PRIMER CARGO.-** Al respecto, este tribunal de casación, puntualiza lo siguiente: **a)** La causal tercera para su configuración, exige que el recurrente establezca la denominada proposición jurídica completa, esto es que de manera clara el casacionista determine cuáles son las normas jurídicas sustanciales que han sido violentadas como producto de la transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, cuestión que omite el recurrente al fundamentar su

recurso.- **b)** Sin embargo, frente al hecho de que el recurso de casación fue admitido, y a efecto de evitar una posible vulneración de la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, regulados en el artículo 75 de la Constitución de la República, este tribunal analiza la impugnación del casacionista respecto de la valoración probatoria efectuada por los jueces de alzada, así tenemos: El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, impone a los jueces la obligatoriedad de valorar los medios probatorios incorporados al proceso a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales tienen relación con el análisis lógico jurídico que realiza el juzgador, así como su experiencia y el conocimiento de la normativa jurídica aplicable al caso concreto; y, por otra parte, que la prueba sea vista como un todo, en aplicación del "principio de unidad de la prueba", que en palabras de Jaime Azula Camacho: *"[...] consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega al convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo estimatorio o desestimatorio: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son"* (AZULA CAMACHO, Jaime, (2008), "Manual de Derecho Procesal", Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, pág. 7). Mientras el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, establece que *"Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio",* disposición legal que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República, que establece: *"Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria"*, normas jurídicas que tienen por objeto garantizar a las partes intervenir en el proceso en igualdad de condiciones, oportunidades, y medios de prueba, es decir, no ponerlos en situación de desventaja al valorar prueba que no ha cumplido con las formalidades previstas en la ley para su validez. Los artículos 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su orden tratan de los principios de imparcialidad; dispositivo, inmediación, concentración; y del principio de tutela judicial efectiva de los derechos. Ahora bien, el recurrente acusa que los jueces de alzada en su sentencia no valoran ciertas pruebas, tales como: el acta de finiquito; liquidación pormenorizada de haberes e indemnizaciones y el acta de compromiso de 19 de marzo de 1999, que sustenta el acta de finiquito de 29 de marzo del mismo año, cuestión que carece de sustento jurídico, en tanto el tribunal ad quem en el considerando CUARTO de la sentencia impugnada, analiza jurídicamente el acta de finiquito así como la liquidación de haberes, estándole prohibido a este tribunal de casación, volver a valorar la prueba, y mucho menos juzgar las razones que formaron la convicción de la misma, como pretende el casacionista, pues como en reiteradas ocasiones ha señalado la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, la valoración de la prueba es una atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, correspondiéndole al tribunal de casación únicamente verificar el cargo acusado ya sea por falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de preceptos de valoración de la prueba, que a su vez hayan ocasionado la transgresión de normas sustanciales o materiales. En lo que respecta a la falta de valoración del acta compromiso de fecha 19 de marzo de 1999, se observa, que los jueces de alzada en su sentencia al analizar el acta de finiquito, es lógico que también lo hicieron con pleno conocimiento de la existencia del acta compromiso de 19 de marzo de 1999, de tal manera, que si bien en la sentencia expresamente no hacen alusión al acta compromiso, aquello no incide en el fondo del asunto, pues los juzgadores de alzada al examinar el acta de finiquito y liquidación de haberes, concluyen que al trabajador se le ha cancelado los rubros que le correspondían. Por las argumentaciones esgrimidas en este fallo, y al verificarse que no se ha producido la transgresión de las normas legales que se acusa, se desecha el cargo con sustento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **4.1.5. SEGUNDO CARGO.- CAUSAL PRIMERA.-** Esta causal del artículo 3 de la Ley de Casación, procede cuando el juzgador de instancia incurre, en falta de aplicación, aplicación indebida, o errónea interpretación de normas de derecho, 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.). El recurrente con sustento en esta causal alega, que en el fallo impugnado se ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 35 de la Constitución Política de 1998; 11 numeral 6, 326 numeral 2 de la Constitución de la República; 4 del Código del Trabajo, por cuanto se niega el derecho a la indemnización constante en la cláusula 17 del contrato colectivo de trabajo, la jubilación patronal a cargo de INECEL estipulada en la cláusula 97 del mencionado instrumento contractual, la jubilación determinada en el artículo 219 del Código del Trabajo (actual 216 CT), y los recargos e intereses objeto de su demanda.- Que el acta de finiquito de marzo de 1999, se refiere a una jubilación patronal mejorada del trabajador en aplicación del artículo 219 del Código del Trabajo, figura diferente a la jubilación patronal a cargo de INECEL, prevista en la cláusula 97 del Cuarto Contrato Colectivo Único de Trabajo INECEL-CETI.- Que el haber de la jubilación patronal mejorada en aplicación del artículo 219 del Código del Trabajo, no se halla pormenorizado, determinado ni detallado en su liquidación de haberes como se afirma en el acta de finiquito, tanto es así que no se conoce cuál es el monto del haber individual de la anotada jubilación patronal que supuestamente le ha pagado INECEL, la forma de cálculo de este beneficio y si se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 219 del Código del Trabajo.- Que el acta compromiso suscrita el 19 de marzo de 1999, que sustenta el acta de finiquito de INECEL, se obligaron a pagar los 8.5 sueldos básicos por cada año de servicio en INECEL en tres partes, por lo que desde el punto de vista de los principios, no se puede admitir que la indemnización de INECEL se obligó a cancelar la totalidad, sea cubierta por el trabajador con los recursos de su jubilación patronal. Que es evidente que la inserción en TRANSELECTRIC S.A., la indemnización contemplada en la cláusula 17 del Cuarto Contrato Colectivo Único de Trabajo, por no haber sido insertado en la empresa, la jubilación patronal a cargo de INECEL prevista en la cláusula 97 del citado instrumento contractual y la jubilación patronal determinada en el artículo 219 del Código del Trabajo, constituyen derechos irrenunciables e intangibles al amparo del artículo 35 de la Constitución Política de 1998, 326 numeral 2; 11 numeral 6 de la actual Constitución de la República y 4 del Código del Trabajo, más todavía cuando ha prestado servicios por más de 23 años, por lo que al tenor de la cláusula 97 del contrato colectivo, tiene derecho a la jubilación patronal mejorada. Finalmente argumenta que se ha incumplido con el artículo 19 de la Ley de Casación, para cuyo efecto cita algunos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia.- Al respecto, este tribunal de casación considera: **a)** El artículo 595 del Código del Trabajo, establece que: *"El documento de finiquito suscrito por el trabajador podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiere sido practicada ante el inspector del trabajo, quien cuidará de que sea pormenorizada",* norma legal que tiene por objeto salvaguardar los derechos del trabajador, otorgando la posibilidad de impugnar el acta de finiquito cuando ésta no haya sido celebrada ante la autoridad administrativa correspondiente, o no se encuentre pormenorizada. Sobre este tema, la jurisprudencia existente señala, que el acta de finiquito también puede ser impugnada cuando: *"Aunque esté pormenorizada y el acta haya sido suscrita ante el Inspector de Trabajo contenga un evidente error de cálculo y se trate de corregirlo, o que implique renuncia a los derechos del trabajador".* (Rep. Jur. T. XLIII, 1997, pág. 134). En el caso sub lite, el tribunal ad quem en el considerando CUARTO examina el acta de finiquito, celebrada entre las partes el 31 de marzo de 1999, en la que el trabajador y la Institución INECEL convinieron de mutuo acuerdo en dar por terminadas las relaciones laborales, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo, procediéndose a la cancelación de la liquidación de conformidad con el acta de compromiso suscrita el 19 de marzo de 1999, razón por la cual se le entregó al accionante los rubros determinados en la cláusula tercera de la mencionada acta de finiquito, cuyo detalle de los valores liquidados se encuentra en el anexo a ese documento, es decir la relación laboral concluyó por mutuo acuerdo, razón por la cual no fue considerada para integrar las nuevas empresas que se crearían en atención a lo previsto en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, sin que por tanto exista despido intempestivo como alega en su recurso de casación, por lo que no es posible otorgar la indemnización contemplada en el artículo 17 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo. **b)** En lo concerniente al reclamo del casacionista, de que la

sala de apelación transgredió disposiciones legales y constitucionales constantes en su recurso, al no disponer el pago de la jubilación patronal mejorada; este tribunal considera, necesario destacar que la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en casos similares se ha pronunciado respecto de la improcedencia del pago de la jubilación patronal mensual vitalicia, bajo el argumento de que en el monto reconocido a través del acta de finiquito, está incluido el pago de la jubilación patronal mejorada, criterio que sostiene la sala de apelación en la sentencia recurrida. Sin embargo, la Corte Constitucional con fecha 07 de junio de 2012, en la sentencia 218-12-SEP-CC, caso No. 0201-11-EP, en la acción extraordinaria propuesta por la señora Rosa Victoria Calo, en contra de la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2010, las 10h00, por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio laboral No. 653-07, que por jubilación patronal siguió en contra del Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de ex trabajadora de INECEL, se pronuncia: "El derecho de jubilación patronal que por menos de 25 años y conforme al Código del Trabajo hubiera implicado el pago de jubilación patronal proporcional y que por la contratación colectiva del ex INECEL implica el pago la jubilación patronal total, en aplicación estricta de las leyes que norman el Derecho del Trabajo, fallos de triple reiteración que son precedentes jurisprudenciales obligatorios y armonizando la Constitución de 1998 con la del Estado Constitucional de Derechos, puede ser objeto de convenio, contratación, venta o cualquier otra forma similar o, tal derecho, ha de servir para amparar los años de vida que le queden al trabajador, recibiendo mensualmente la consiguiente pensión jubilar vitalicia y, tal proceder, ¿es violatorio de derechos constitucionales? Es la interrogante a ser solventada. Al respecto, ni constitucional ni legalmente, ni antes ni ahora, el derecho de jubilación puede ser objeto de tal posibilidad, es decir, materia de negociación, porque la pensión se inscribe en la estricta y obediente aplicación de las normas que conforman la vida del derecho del trabajo, tanto que la jurisprudencia ha ordenado que la pensión jubilar sea de tracto sucesivo, esto es, que debe cumplirse de manera periódica, y tal medida -negociación- sin duda alguna afecta derechos constitucionales laborales y es atentatoria -en la casuística- al Derecho Público.". Ahora bien, el artículo 219 del Código del Trabajo, vigente a la fecha en que terminó la relación laboral entre las partes (31 de marzo de 1999), no establecía como una de las formas de garantizar el derecho a la jubilación patronal la entrega de un fondo global, y en efecto como bien afirma la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente citada, existe jurisprudencia de las Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia (triple reiteración), en el sentido de que no es posible la transacción, esto es el pago de un fondo global como actualmente si lo prevé el artículo 216 del Código del Trabajo, porque se consideraba que la jubilación al ser de tracto sucesivo, debe ser cancelada de forma mensual, por lo que se ordenaba el pago de las pensiones jubilares mensuales vencidas, monto al cual se imputaba el valor recibido en concepto de transacción. La regla tercera del artículo 219 del Código del Trabajo, fue reformado mediante Ley publicada en el R.O. No. 144 de 18 de agosto de 2000, norma que se encuentra vigente en el artículo 216 del Código del Trabajo, permitiendo efectuar el pago de la pensión jubilar a través de un fondo global, en atención a los parámetros establecidos en la regla tercera. De lo anotado, se puede colegir que a la fecha en que concluye la relación laboral 31 de marzo de 1999, la regla tercera del artículo 216 no se encontraba vigente, por lo tanto no era posible la transacción en cuanto a la pensión jubilar. En consecuencia al evidenciarse el vicio de falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales antes mencionados, y acogiendo el criterio emitido por la Corte Constitucional en un caso similar al que se examina en el presente caso, se casa la sentencia emitida por los jueces de alzada, correspondiendo el análisis de la pretensión del actor, para cuyo efecto se toma como tiempo de servicios el establecido en la sentencia de alzada, comprendido en el período desde 4 de noviembre de 1974 hasta el 31 de marzo de 1999, es decir por más de 24 años, 4 meses, 27 días que estipula la cláusula 97 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre INECEL y el Comité de Empresa Nacional Único de los Trabajadores CETI. Al no existir constancia procesal respecto de las remuneraciones percibidas por el trabajador en los últimos cinco años, se estará a las mínimas vigentes en cada año, así tenemos: S/ 6312.000, promedio: S/ 1262.400 el 5% 63.120 x 24 años de servicios) =1514.800: 7,5553 (coeficiente de 55 años) a la fecha en que concluye la relación laboral) = S/ 200.495,01 (pensión anual):12 = S/ 16707,91.- pensiones vencidas

desde abril de 1999 a junio de 2001 = S/ 451116,57 siendo su equivalente en dólares USD. 18.04.- Pensiones a partir del 2 de julio de 2001 (R.O. No. 359-02-07) USD. 30 (por cuanto no existe constancia procesal de que tenga derecho a doble jubilación) hasta junio de 2016 = USD. 5.400,00 Total pensiones hasta junio de 2016 = USD. 5.418,04. Décimo tercera pensión de abril de 1999 a noviembre de 2015 (fecha hasta la cual es exigible la obligación) = USD. 433.28. Décimo cuarta pensión jubilar desde abril de 1999 hasta agosto de 2015 (fecha hasta la cual es exigible la obligación) = USD. 3.213,04.- Décima quinta y sexta pensiones jubilares hasta la fecha en que estuvieron vigentes (R.O.S. No. 34-13-03-00) = USD. 2; y USD. 8 respectivamente. SUMA TOTAL de pensiones vencidas: USD. 9.064,36. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Laboral, **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 de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 6 de agosto de 2015, las 13h28; y, aceptando parcialmente la demanda ordena que el Procurador General del Estado, en su calidad de representante legal del Estado Ecuatoriano, a través del Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en virtud de que la Subsecretaría de Electrificación es una dependencia directa del indicado Ministerio, pague al accionante, la cantidad de NUEVE MIL SESENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA con 36/100 ctvs. (USD. 9.064,36), por concepto de pensiones jubilares mensuales y adicionales vencidas. La pensión jubilar mensual queda establecida en la cantidad de USD. 30.00 más las pensiones adicionales establecidas en la Ley. De conformidad con el artículo 614 del Código del Trabajo, el juez de origen al momento de ejecutar el fallo calcule los intereses por ser de aquellos rubros que los generan. Actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia como secretario relator encargado. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VIII

Resolución nro. 625-2016
Juicio nro. 569-2014

Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por:
Pedro Jesús Rivera Silva, en contra de:
"Ingenio Isabel Marpua propiedad de la Empresa La Familiar S.A."

SÍNTESIS

El actor PEDRO JESÚS RIVERA SILVA, presenta la demanda en contra de: " INGENIO ISABEL MARÍA LA FAMILIAR S.A.", manifiesta que su empleador le adeuda a la fecha de su despido los siguientes rubros: los beneficios del XIII contrato colectivo, el desahucio, horas extraordinarias y otros en los que se incluirán las indemnizaciones de Ley. El Juez de primera instancia, declara con lugar la demanda y ordena que el demandado pague varios rubros laborales como: Estabilidad mínima, desahucio, despido intempestivo, horas extraordinarias, jubilación patronal del sueldo, el porcentaje que señala el Art. 3 del XIII Contrato Colectivo de Trabajo, mora de acuerdo al Art. 94 del Código del trabajo, a este valor se le descontará el valor que fue cancelado en el acta de finiquito.- Inconforme con esta resolución el demandado interpone recurso de apelación, el mismo que confirma la resolución venida en grado, pero la reforma en el sentido, de que el Tribunal ad quem, ordena a la parte accionada pague a favor del actor: por despido intempestivo, por desahucio, valor al cual el juez de primer nivel al momento de liquidar adicione la liquidación por la jubilación patronal de acuerdo al numeral 4 del acápite tercero de esta resolución. Inconforme con esta resolución la entidad demandada interpone recurso de casación, quien fundamenta en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Con respecto al reclamo del actor al pago de la jubilación patronal prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, no tiene fundamento, debido a la aceptación que éste hace dentro de su confesión judicial, de que ya recibe su pensión jubilar, percibiendo mensualmente mediante cheques de la empresa por el valor de $ 58,00 dólares de los Estados Unidos de América, por lo que este Tribunal de Casación acepta el cargo impugnado en contra de la sentencia del Tribunal de alzada por indebida aplicación del artículo 216 del cuerpo legal citado, casa la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos con sede en el cantón Babahoyo, en los términos que constan en los numerales 4.1.6. y 4.2 de este fallo, al no proceder el pago de los rubros por despido intempestivo, desahucio, jubilación patronal ni fondo global; se declara sin lugar la demanda de conformidad con el Art. 12 de la Ley de Casación se dispone se entregue la totalidad de la caución a la parte demandada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 569-2014

Jueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.– SALA DE LO LABORAL.
Quito, miércoles 28 de septiembre del 2016, las 08h45.-

VISTOS: En el juicio laboral que sigue Pedro Jesús Rivera Silva en contra del Ingenio Isabel María propiedad de la empresa La Familiar S.A., representada por el Ing. Carlos Ponce Guzmán; tanto actor como demandada interponen recurso de casación de la sentencia dictada el 26 de febrero de 2014, a las 11h13 por los Jueces del Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial

de Justicia de los Ríos con sede en el cantón Babahoyo; sentencia que reforma el fallo de primer nivel ordenando el pago de la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio y fondo global de jubilación patronal. Encontrándose en estado de resolver, se considera:

PRIMERO: ANTECEDENTES.-

1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, en la sentencia manifiesta: "... 2.2.- El mismo actor informó en su demandada que se acogió a la jubilación; pero, en el acta transaccional de finiquito de fs. 81 a 82, se desprende de la revisión de dicha acta se desprende que el actor fue el que renunció en forma voluntaria, pero de la revisión procesal no se encuentra la carta de renuncia voluntaria realizada y firmada por el actor, por ello, queda en pie el despido intempestivo que el actor reclama, a más de lo expuesto, el despido intempestivo reclamado con la confesión judicial tácita o ficta del demandado el que fue declarado confeso en la audiencia definitiva de acuerdo al pliego de preguntas que fue dictado por el abogado de la parte actora en la misma audiencia definitiva (acta de fs. 85 a 88 y vta.). De lo cual se obtiene la justificación del despido intempestivo, conforme la valoración que se realiza de dicha diligencia dentro del entorno procesal, en los términos de los Arts. 581 del Código del Trabajo y 131 del Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia establecida en los fallos de triple reiteración que expidió la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, publicados en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 14, páginas 3905 a 3907; [...] 4. Jubilación patronal y fondo global por jubilación.- Por cuanto el demandante laboró o prestó sus servicios continuada e ininterrumpidamente, por más de cuarenta y dos años, se encuentra incurso en lo previsto en el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo, tiene derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo a las normas contenidas en el Art. 216 del mismo Código, y conforme a lo previsto en el Art. 219 ibídem, por lo que se ordena que los demandados entreguen a favor del demandante el fondo global por jubilación que deberá ser debidamente acreditado y practicado por el Juez a quo, de acuerdo a las reglas previstas en el referido Art. 216, recabando previamente los datos y más condiciones necesarios para su determinación y pago; [...] Por lo analizado anteriormente, y por la prevalencia de las normas supremas contenidas en el Art. 325 y Art. 326 numerales 1, 2 y 3 de la Constitución vigente y arts. 5, 6 y 7 del Código del Trabajo, y por lo que analizó y valoró el Juez de Primer Nivel, esta Sala Multicompetente con sede en Babahoyo de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, Confirma la resolución venida en grado, pero, la Reforma en el sentido, de que esta sala ordena a la parte accionada pague a favor del actor: 1.- Por despido intempestivo: $6,300; 2.- Por desahucio: $1,575; valores que sumados dan un total de: siete mil ochocientos setenta y cinco ($7,875) valor al cual el juez de primer nivel, al momento de liquidar adicione la liquidación por la jubilación patronal de acuerdo a lo que se ordena en el numeral 4 del acápite TERCERO.- De esta resolución. Sin costas y sin honorarios profesionales que regular en este nivel. Cúmplase y notifíquese..." (Sic)

1.1.1.- Las partes procesales solicitan aclaración de la sentencia, pedido que es atendido mediante providencia de 14 de marzo de 2014, las 15h42.

1.1.2.- La actora y demandada, dentro del término, interponen recursos de casación.

1.1.3.- El Tribunal de Conjueces de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de octubre de 2014, las 11h07, admite a trámite el recurso propuesto por la accionada e inadmite el del accionante.

1.2.- NORMAS ALEGADAS DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN.- La empresa demandada manifiesta que las normas legales y procesales que considera infringidas son: artículos 216 del Código de Trabajo, artículos 123, 131, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil y artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.3.- CARGOS ADMITIDOS.- Se admite a trámite los cargos formulados por la accionada con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante resorteo por los doctores Paulina Aguirre Suárez, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en virtud del oficio No. 106-SG-CNJ de 01 de febrero de 2016, es competente para conocer y resolver el presente recurso de

casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo.

2.2.- MOTIVACIÓN: La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 ha dispuesto 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: (...) 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 serán responsables serán sancionados."

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N°. 024-13-SEP-CC, dentro del caso N°. 1437-11-EP, determinó que: "(...) Corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes reconocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado".

En este mismo sentido, dicha Magistratura Constitucional se pronunció determinando criterios que permiten entender la debida y adecuada motivación dentro del fallo N°. 227-12-SEP-CC, en el caso N°. 1212-11-P, de la siguiente forma: "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 se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. El fallo lógico, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta 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." En virtud de lo expuesto, se puede considerar que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar la sentencia se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la garantía de la motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico que rige el thema decidendum, que sus valores y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia.

Respecto de la Motivación Taruffo manifiesta: "la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión para el gobernado, por lo que no se satisface este último requisito formal, si se consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar, porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y formular defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión" (La Motivación de la Sentencia Civil, Editorial Lorenzo Córdova Vianello México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pág. 12). Acerca de esta obligatoriedad el mismo jurista expresa: "(...) este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica "privatista" del control ejercido por las partes y la óptica "burocrática" del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica "democrática" del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia". (La Obligación de la Motivación de la Sentencia Civil, editorial Trotta, Madrid-España, 2011, p. 361). Cumpliendo con la obligación de motivación antes señalada, éste Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

2.3.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.- Resulta indispensable iniciar conceptualizando la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

expresión "recurso" constituido por "aquellos medios de impugnación que trasladan el conocimiento del asunto a otro órgano judicial superior distinto al que dictó la resolución que se pretende impugnar, definiendo de tal forma al recurso de casación como un medio de impugnación de una resolución carente de firmeza, que viabiliza la reparación jurídica, material y moral de la insatisfacción ocasionada a quien no obtuvo un acto judicial conforme a sus aspiraciones de justicia" (Fairén Guillen, Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y la Ley Procesal, editorial Bosch, Barcelona España, 1990, p. 479).

Respecto a la institución jurídica que nos ocupa y específicamente en materia laboral, el tratadista José Ignacio Ugalde González ha manifestado que "el recurso de casación laboral es un recurso extraordinario cuyo propósito básico consiste en la defensa del ordenamiento jurídico, así como en la uniformidad de la jurisprudencia, y en todo ello tutelando los derechos de los litigantes al resolver el conflicto litigioso planteado. Este recurso permite en el orden jurisdiccional laboral, combatir la protección de la norma jurídica con la protección de los derechos de los litigantes." (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32).

En eta misma línea, es importante recalcar que esta judicatura procederá el respectivo control de legalidad del fallo cuestionado en atención a lo dispuesto en el artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, especificando que el recurso de casación, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la ley, esto es por causales in judicando o también conocidos como vicios de juicio del tribunal o infracción de fondo; por causales in procedendo o vicios de actividad o infracción en las formas, de ahí que, las resoluciones emitidas por instancias inferiores puedan ser revisadas por esta Sala evitando generar agravio a las partes procesales. A través del recurso de casación se protege el derecho constitucional a la igualdad en aplicación de la Ley y al seguridad jurídica contenida en los artículos 11 numeral 2 y 82 de la Constitución de la República, lo que equivale a afirmar que mediante este recurso se intenta obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional o lo que es lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia.

En el recurso de casación se produce un verdadero debate entre la sentencia y la ley, por lo que a decir de Víctor Julio Usme Perea: "(...) la naturaleza del recurso de casación, no hay duda que es netamente dispositiva, lo que obliga al recurrente a presentar argumentos concretos y precisos encaminados a demostrar la manera como el juzgador violó la norma, acreditando con razones persuasivas, más no con un discurso tipo alegato propio de las instancias, la vulneración de la ley sustancial en la sentencia impugnada". (Recurso de Casación Laboral, Enfoque Jurisprudencial, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, p. 102). La casación es un recurso cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de la legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que la recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, la Corte de Casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso.

TRES.- EXAMEN DE LOS CARGOS ADMITIDOS.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el objeto de examinar el cumplimiento con el principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, corresponde a este Tribunal revisar la sentencia de alzada en relación a las alegaciones realizadas por la recurrente, de lo que se tiene lo siguiente:

3.1.- CAUSAL TERCERA.- La recurrente manifiesta que la interpretación errónea de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, ha conducido a la equivocada aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, en lo que respecta a la confesión ficta del demandado y con ello a la existencia del despido intempestivo, al tomar la declaratoria de confeso como prueba plena y válida por el tribunal de alzada. Además indica que la jurisprudencia señalada sobre la confesión ficta por los jueces ad quem no basta como mecanismo idóneo para verificar el despido intempestivo.

3.2.- CAUSAL PRIMERA.- Bajo esta causal la casacionista indica que ha existido indebida aplicación del artículo 216 del Código del Trabajo, que prevé el pago de la jubilación patronal, así como las reglas para su cálculo. En este sentido la indebida aplicación según manifiesta la accionada radica en la liquidación que ordena la Corte Provincial de Justicia al Juez A quo para el pago del fondo global de pensión jubilar.

3.1.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- Con la fundamentación presentada por la impugnante, los problemas jurídicos a resolver consisten en:

a) Verificar si mediante la confesión ficta del demandado se configura el despido intempestivo.
b) Y, ¿el accionante tiene derecho al pago del fondo global establecido en la sentencia impugnada, a pesar de no haber sido demandado?

4.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.-

4.1.- La empresa recurrente invoca la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual tiene como principio fundamental, el de tutelar la autonomía de la que gozan los jueces de instancia al examinar los hechos, actividad que es limitada para este tribunal de casación. Sin embargo, la ley atribuye al tribunal de casación la posibilidad de revisar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de la prueba, únicamente, si al hacerlo violaron los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa, fundamentando su resolución bajo pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido. Encontrándonos por la presente causal, con la infracción indirecta de la norma jurídica substancial, en el cual el vicio de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba ha generado la aplicación equivocada o inaplicación de otra norma de derecho; sin que baste citar el precepto infringido, sino señalando también la norma sustantiva que ha sido violada como resultado de la infracción al momento de valorar la prueba, cabe tener presente que los criterios valorativos del Juzgador que han ocasionado la insatisfacción del recurrente, no constituyen per se un elemento para oponer el recurso de casación, la ley expresamente exige para ello, se infrinjan las disposiciones jurídico positivas que regulan la apreciación de la prueba, demostrando que esta es absurda o que ha existido una evidente arbitrariedad; obligando aquello al recurrente a precisar el elemento lógico o principio de la sana crítica que se ha vulnerado, y que el juez estaba obligado a aplicar y explicar cómo dicho error produjo el vicio que se alega; por ello es necesario que el recurrente: a) explique en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar; b) determine los preceptos jurídicos supuestamente violados en esa valoración de la prueba; c) precise si la violación de la norma ha sido por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; y, d) indique como tal violación ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho que hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia.

4.1.1.- En el caso sub judice, la casacionista manifiesta que se han interpretado incorrectamente los artículos 123 y 131 del Código de Procedimiento Civil, que señalan los requisitos para que la confesión constituya prueba, esto es, rendida ante el juez competente y que se la realice de manera explícita conteniendo la contestación pura y llana de los hechos preguntados. Y en el caso de que la persona llamada a comparecer a rendir la confesión judicial no se presentare no obstante las prevenciones del artículo 127 del mismo cuerpo legal o si compareciendo se negare a prestar la confesión o no quisiere responder o lo hiciere de modo equivoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio el dar a la confesión tácita el valor de prueba según las circunstancias que haya rodeado al acto.

4.1.2.- Sobre la alegación de la impugnante, se observa en le sentencia de la Corte Provincial de Justicia, lo siguiente: "TERCERO. Análisis, valoración y fundamentación. (...) 2.2.- El mismo actor informó en su demandada que se acogió a la jubilación; pero, en el acta transaccional de finiquito de fs. 81 a 82, se desprende de la revisión de dicha acta se desprende que el actor fue el que renunció en forma voluntaria, pero de la revisión procesal no se encuentra la carta de renuncia voluntaria realizada y firmada por el actor, por ello, queda en pie el despido intempestivo que el actor reclama, a más de lo expuesto, el despido intempestivo reclamado con la confesión judicial tácita o ficta del demandado el que fue declarado confeso en la audiencia definitiva de acuerdo al pliego de preguntas que fue dictado por el abogado de la parte actora en la misma audiencia definitiva (acta de fs. 85 a 88 y vta.). De lo cual se obtiene la justificación del despido intempestivo, conforme la valoración que se realiza de dicha diligencia dentro del entorno procesal, en los términos de los Arts. 581 del Código del Trabajo y 131 del Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia establecida en los fallos de triple reiteración que expidió la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, publicados en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 14, páginas 3905 a 3907; 3. Primacía constitucional y de la realidad social.- En este caso

de singular controversia en virtud de la tenaz negativa de los demandados, la Sala ha reflexionado y aplica la primacía de una realidad como uno de los principios imperante en materia del derecho del trabajo y que sirven de inspiración del derecho positivo en esta rama, pues la relación laboral reclamada fluye como un hecho real que se advierte de los recaudos procesales en conectividad con otros y reiterados casos laborales, y por ello esa realidad procesal débase apartar de cuestiones meramente formales y por lo mismo no acceder a quien prevalezca la injusticia y sobretodo una injusticia social y aplicarse consecuentemente la supremacía de las normas constitucionales vigentes."

4.1.3.- Al respecto este tribunal de casación considera, que como se indicó anteriormente, el principio de la causal tercera es tutelar la autonomía de la que gozan los jueces de instancia para examinar los hechos, lo que no está en la esfera de los jueces de Casación; así se ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia N.° 028-14-SEP-CC que resuelve el caso N.° 1926-12-EP; 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 le atribuye al Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, la posibilidad de examinar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de la prueba, únicamente, si al hacerlo se han violado los preceptos jurídicos que gobiernan la actividad valorativa, cimentando su resolución en pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido.

4.1.4.- Este Tribunal de casación considera que, en materia laboral, la valoración de la confesión ficta está normada en el inciso cuarto del artículo 581 del Código de Trabajo que señala: "En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio. Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliere con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia".

La confesión judicial es la declaración que se realiza respondiendo al interrogatorio en contra de sí mismo, prueba que se evacúa en la audiencia definitiva y que trae como consecuencia, en caso de no presentarse la persona llamada a declarar, que se tomen como afirmativas las respuestas del interrogatorio formulado por la otra parte, siempre que tales preguntas no contravinieran la ley y se refieran al asunto materia del litigio, sin que se establezca alguna otra condición para dar fuerza probatoria a la confesión ficta, como lo manifiesta la accionada al decir "...según las circunstancias que hayan rodeado al acto..." por lo que, "...no le otorga contundencia alguna", refiriéndose a la confesión ficta según lo analiza la recurrente.

4.1.5.- La doctrina ha determinado que la confesión ficta, es un medio de prueba artificial de convicción que tiene la misma fuerza que las confesiones reales y verdaderas en la medida en que de un lado, no exista dentro proceso prueba en contrario, y de otro, que se cumplan los requisitos previstos en la ley para la validez de toda prueba, al respecto Lino Enrique Palacio sostiene: "La confesión ficta produce los mismos efectos que la confesión expresa en cuanto hace a la admisión de hechos contenidos en la posición o posiciones de que se trate, pero, a diferencia de aquella, es susceptible de desvirtuarse mediante prueba en contrario" (Manual de Derecho Procesal Civil, décimo octava edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 466).

4.1.6.- En esta misma línea, se ha pronunciado la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio No. 0858-2010, resolución No. 0229-2013-SL, de 30 de abril de 2013: "...según lo dispuesto en el inciso último de la norma referida, las respuestas dadas a las preguntas formuladas por el demandante deben considerarse afirmativas, en este caso contenido en las posiciones 7 y 8, respectivamente al tenor de las cuales se les ha interrogado a los demandados al decir: "7. Diga el confesante como es verdad quien le interroga laboró desde el 05 de diciembre del 2005 hasta el 20 de octubre de 2007 para Moderna Alimentos S.A."; y, "8. Diga el confesante como es verdad que quien le interroga prestaba sus servicios desde las 04h00 hasta las 17h00 de lunes a sábado ininterrumpidamente", han de entenderse que son afirmativas, con lo cual se establece que entre las partes ha existido relación laboral...", elementos

probatorios que dan cuenta razonada de que efectivamente entre las partes existió relación laboral. Es preciso señalar que la confesión ficta, ha sido tratada ampliamente por la jurisprudencia, dada la presunción de certeza de los hechos a cargo de una de las partes que, habiendo sido citada no comparece, constituye una presunción legal de veracidad de los hechos, en aplicación del artículo 581 del Código del Trabajo."

Y de la resolución No. 0137-2013-SL de 07 de marzo de 2013, dictada por un Tribunal de la Corte Nacional de Justicia cuando expusó: "...En resumen, los demandados en base a la confesión ficta, no solo asumen la existencia de la relación laboral, sino que también reconocen el despido intempestivo del que fue víctima la accionante, pues la actora en el pliego de absoluciones en las preguntas N°. 4, 5, 6, 8 y 9, hace mención directa a la relación laboral y al despido, probándose, además, que los accionados son propietarios de Almacenes Katherine, ubicado en la calle Villamil 2010 y Abdón Calderón de la ciudad de Guayaquil, hechos que confrontados con la hipótesis de defensa planteada por los accionados en el sentido de no conocer a LIRES DEL ROCIO RIVERA PILAY, y no tener ningún tipo de relación con ella, es falsa, y busca desconocer y vulnerar los derechos legales y constitucionales de la trabajadora, como el previsto en el numeral 17 del Art. 66 de la Constitución de la República, en relación con el Art. 8, del Código del Trabajo,...".

De lo que se advierte que la confesión ficta trae consecuencia a criterio del juzgador, aceptar como afirmativas las preguntas objeto de interrogatorio, siempre y cuando, para la verificación del hecho discutido en la Litis se encuentren los hechos conexos dentro de las preguntas y la petición de la declaración de confeso. En el caso sub judice dentro del interrogatorio realizado al accionado no consta ninguna pregunta que confirme los hechos de un posible despido intempestivo. La primera pregunta textualmente dice: "... Diga el confesante como es verdad que entre su representada La Familiar S.A. y el Comité de Empresa de los Trabajadores del Ingenio Isabel María se celebró el Décimo Tercer Contrato Colectivo Vigente a la fecha en que mi empleadora dio por terminada nuestras relaciones de trabajo de manera unilateral." De lo que se refleja que se interroga sobre varios hechos, contraviniendo lo que establece el segundo inciso del artículo 131 ibídem que señala que cada pregunta que se realizare contendrá un solo hecho.

En este mismo sentido como se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia sobre el despido intempestivo, es un hecho que ocurre en un momento y lugar determinado, además que quien lo alega debe justificar el día, la hora y las circunstancias en que ocurrió; por lo mismo este tribunal de casación encuentra que el tribunal ad quem al valorar esta pregunta dentro de la confesión ficta no lo hace de forma correcta, sino más bien de manera absurda y arbitraria, sin guardar correspondencia con las normas legales expuestas, pues no se observa que pueda servir para demostrar el despido intempestivo como se expuso en líneas anteriores, lo que conlleva a la violación de los preceptos jurídicos que gobiernan la actividad valorativa, pues se ha concedido eficacia probatoria a pruebas que no la han tenido (confesión ficta).

Si bien es cierto la confesión judicial fue realizada ante autoridad judicial competente, se evidencia la errónea interpretación de los artículos 123 y 131 del Código de Procedimiento Civil, por lo que mal hizo el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos otorgar valor probatorio a dicha pregunta dentro de la confesión ficta, en consecuencia el yerro alegado por errónea interpretación se constata, ya que según la empresa recurrente a la equivocada aplicación en la sentencia de los precedentes jurisprudenciales publicados en la Gaceta Judicial No. 14 Serie XVI, 203 (Juicio. No. 41-99; Juicio No. 325-98 y Juicio No. 349-98), por ende el cargo es aceptado.

4.2.- CARGO BAJO LA CAUSAL PRIMERA.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación imputa vicio in iudicando esto es cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente, o atribuye a una norma de derecho un significado equivocado; procura igualmente proteger la esencia y contenido de las normas de derecho que constan en los códigos o leyes vigentes, incluidos los precedentes jurisprudenciales, recayendo por tanto sobre la pura aplicación del derecho; lo que, el vicio de juzgamiento contemplado en esta causal se da en tres casos 1) cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, al 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 yerro hermenéutica

jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. El error por la causal primera debe ser únicamente en la parte dispositiva, nunca en la considerativa, pues para los efectos de la causal alegada, se entiende que está perfectamente constituido y por ello le merece conformidad; así "Al invocar la causal primera, la recurrente está reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas" (Andrade Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, edit Andrade, Quito, 2005, p 195) por lo que, el juzgador no tiene la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos que se dan por aceptados, pues la esencia de esta causal es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia.

4.2.1.- En la especie el recurrente indica que el actor como obra en el proceso percibe su jubilación patronal mensual conforme lo establecido en la ley, confirmado por el mismo dentro de la confesión judicial realizada. Sin embargo dentro de la sentencia del Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, los jueces de alzada ordenan el pago del fondo global por jubilación al indicar: "4. Jubilación patronal y fondo global por jubilación.- Por cuanto el demandante laboró o prestó sus servicios continuada e ininterrumpidamente, por más de cuarenta y dos años, se encuentra incurso en lo previsto en el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo, tiene derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo a las normas contenidas en el Art. 216 del mismo Código, y conforme a lo previsto en el Art. 219 ibídem, por lo que se ordena que los demandados entreguen a favor del demandante el fondo global por jubilación que deberá ser debidamente acreditado y practicado por el Juez a quo, de acuerdo a las reglas previstas en el referido Art. 216, recabando previamente los datos y más condiciones necesarios para su determinación y pago ..." (El énfasis nos pertenece). En ese sentido la empresa recurrente manifiesta que existe aplicación indebida de los artículos 216, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil al otorgar el pago de fondo global, al no ser este rubro solicitado en la demanda y no ser materia del litigio.

El séptimo inciso del artículo 188 del Código del Trabajo determina que el trabajador que ha laborado bajo la dependencia del empleador por más de veinte años y menos de veinticinco y que haya sido despedido intempestivamente del trabajo, tiene derecho al pago de la jubilación patronal proporcional. En este sentido a un trabajador que ha laborado por más de cuarenta y dos años, no le correspondería una jubilación proporcional como indica el tribunal de alzada, sino jubilación patronal vitalicia conforme los numerales 1 y 2 del artículo 216 del Código del Trabajo; pronunciamiento en el que se verifica la indebida aplicación de las normas alegadas.

El artículo 216.3 del Código de Trabajo menciona al respecto: "...el trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, [...] podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. [...] El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente."

El accionante en su demanda no solicita el pago del fondo global, y la empresa demandada al contestar la demanda tampoco propone pagarle dicho rubro, por lo que al no existir acuerdo de las partes como lo señala la norma invocada no es obligación de la accionada pagarlo, sin embargo los jueces de alzada ordenan el pago del fondo global al trabajador, con lo que se corrobora la pretensión alegada por el recurrente al evidenciar la aplicación indebida de los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil.

4.2.2.- La Corte Constitucional en relación al derecho a la jubilación se ha pronunciado: "...Esta Corte manifiesta que desconocer o limitar el derecho de una pensión jubilar vitalicia de un adulto mayor a las que se refiere el artículo 216 del Código del Trabajo, conlleva someterlo a condiciones eventuales carencias de medios de subsistencia y de poder gozar de un status de tranquilidad en una etapa respetable de la vida de todo ser humano, cuando también los derechos de los trabajadores son irrenunciables, y que todo ello guarda relación directa con los derechos a la dignidad de las personas, reconocidos y plasmados en nuestro texto constitucional y en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos." (Sentencia Corte Constitucional para el período de transición No. 39-11-SEP-CC, caso No. 671-10-EP). En el

presente caso, el reclamo del actor al pago de la jubilación patronal prevista en el artículo 216 del Código de Trabajo, no tiene fundamento, debido a la aceptación que éste hace dentro de su confesión judicial de que ya recibe su pensión jubilar, percibiendo mensualmente mediante cheques de la empresa el valor de USD 58,00 dólares de los Estados Unidos de América; por lo que, este tribunal de casación acepta el cargo imputado en contra de la sentencia del tribunal de alzada, por indebida aplicación el artículo 216 del cuerpo legal citado.

En orden a todo lo expuesto, este Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** CASA la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el cantón Babahoyo de 26 de febrero del 2014, a las 11h13, en los términos que constan en los numerales 4.1.6 y 4.2 de este fallo, al no proceder el pago de los rubros por despido intempestivo, desahucio, jubilación patronal ni fondo global; se declara sin lugar la demanda.- De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación se dispone se entregue la totalidad de la caución a la parte demandada.- Actúa la Dra. Patricia Velasco Mesías como secretaria encargada.- **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IX

Resolución nro. 690-2016
Juicio nro. 908-2013

Juicio laboral seguido por
Juicio laboral por despido intempestivo, propuesto por:
Manuel Cruz Atariguana Angamarca, en contra de:
"Gobierno descentralizado del Cantón San Juan Bosco"

SÍNTESIS

El actor Manuel Cruz Atariguana Angamarca, propone demanda laboral en contra del Gobierno Descentralizado del Cantón San Juan Bosco, manifiesta que ha venido laborando desde el 03 de abril de 2000, hasta el 03 de enero de 2012, fecha en que fue impedido a laborar, y que considera se trata de despido intempestivo, argumenta que perteneció al Sindicato de obreros del Municipio del Gobierno Autónomo del Cantón San Juan Bosco, por lo que demanda a su empleador al pago de despido, desahucio y otras indemnizaciones que le adeudan. El juez de primera instancia determina que no existió despido intempestivo, por lo que declara sin lugar la demanda en todas sus partes. El actor inconforme con esta resolución interpone recurso de apelación, el mismo que se lo acepta parcialmente, ordenando a la entidad demandada pague al actor por concepto de indemnizaciones laborales por concepto de despido intempestivo e indemnizaciones laborales, más los intereses del Art. 614 del Código del Trabajo. Inconforme con la resolución de segunda instancia el actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, este Tribunal luego de un análisis, considera que al accionante le asisten a más de la indemnización por despido intempestivo (Art. 188 del Código del Trabajo) fijado en la sentencia de apelación, los rubros correspondientes a: Bonificación por desahucio (Art. 185 Código del Trabajo), indemnizaciones por despido o desahucio ilegales (Art. 455 del Código del Trabajo). Por lo que este Tribunal procede a casar la sentencia recurrida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 908-2013

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO LABORAL.
Quito, jueves 27 de octubre del 2016, las 08h43.-
VISTOS:
1. ANTECEDENTES:
1.1. Relación de la causa:
El señor Manuel Cruz Atariguana Angamarca, ha comparecido ante la jurisdicción laboral del cantón Limón Indanza, demandando a su ex empleador, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón San Juan Bosco, el pago de varios haberes laborales, a saber –los que importan a este fallo-: indemnización por despido intempestivo (art. 188 CT), bonificación por desahucio (art. 185 *ídem*), e indemnización por despido y desahucio ilegales (art. 455 *ídem*).
El accionante ha recibido sentencia contraria a su pretensión en primera instancia, mientras que en segunda, revocando aquel pronunciamiento, se ordena indemnizar al trabajador únicamente por concepto del art. 188 del Código de Trabajo.
1.2. Actos de sustanciación del recurso extraordinario de casación:
De esa decisión de última instancia, dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el 15.05.13; las 13h49, los sujetos procesales, han interpuesto sendos recursos extraordinarios de casación.

1.2.1. El expediente ha sido recibido en este nivel procesal el 21.06.13. Mediante auto de 19.12.13, el tribunal de conjueces encargado del estudio de admisibilidad de los recursos, ha rechazado aquel que fuera interpuesto por el Gobierno Autónomo Descentralizado de San Juan Bosco, mientras que por el contrario, ha considerado pertinente el que fuera planteado por el actor.

En esta razón, con fecha 05.02.14, se realiza el primer sorteo a efectos de integrar el tribunal de la Sala de lo Laboral de esta corporación, encargado de su conocimiento y resolución de fondo, correspondiéndole a la doctora Paulina Aguirre Suárez, y a los doctores Merck Benavides Benalcázar, y Jorge Blum Carcelén en calidad de ponente.

En virtud de la Resolución N° 02-2015 emitida por el Pleno de esta Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se realiza una nueva conformación de las distintas Salas de esta corporación, se realiza nuevo sorteo el 10.02.15, quedando conformado el tribunal encargado de la resolución del recurso de casación, por las doctoras María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, Paulina Aguirre Suárez, y por el doctor Merck Benavides Benalcázar.

1.2.2. Precisa además manifestar que en medio de los dos sorteos, esto es, con fecha 10. 02. 14, la institución pública accionada, interpuso acción extraordinaria de protección de aquel auto que negara su recurso de casación. La garantía jurisdiccional interpuesta, ha sido inadmitida por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, mediante auto de 24.06.14; las 15:18.

1.3 Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

El recurrente plantea su recurso extraordinario de casación, con base en la causal primera del art. 3 de la ley de casación; especificando que en el fallo censurado se han cometido los vicios de:

- Falta de aplicación de los arts. 185, 188, 453 y 455 del Código de Trabajo.
- Errónea interpretación del art. 452 ibídem, y finalmente,
- Falta de aplicación de los siguientes precedentes jurisprudenciales:
  Expediente 310, Registro Oficial 597 de 15.06.02; Expedientes 6, 36 y 39 publicados en el Registro Oficial 598 de 17.06.02

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

El Tribunal de la Sala es competente para conocer los recursos de casación interpuestos, con base en lo previsto en los arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo. En esta virtud y de acuerdo al sorteo realizado cumpliendo lo dispuesto por el 183 de la codificación que rige a esta Corporación, corresponde la resolución de la presente causa a las juezas y juez nacionales que suscriben, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el pleno para actuar en esta Sala de lo Laboral, por resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013, relativo al cambio en la integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia; así como por Resolución No. 001-2015 de 28 de enero de 2015.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

2.2.1. El actor en calidad de recurrente, para apoyar sus acusaciones, manifiesta que el tribunal de apelación yerra cuando razona en sentido que el art. 452 del Código de Trabajo instituye una indemnización únicamente a favor de los trabajadores desahuciados y no a quienes fueran intempestivamente despedidos. En esta misma línea de análisis, señala que el art. 455 *ibídem* ha sido inobservado, pues este mandato legal, es claro al señalar que la indemnización de la que se trata el art. 452, ha de hacerse extensiva tanto a los trabajadores que hayan sido desahuciados como a aquellos que fueren despedidos. Esto es así –dice-, porque el razonamiento del tribunal de apelación, sería el correcto, entonces se estaría dando una licencia indiscriminada a los empleadores para despedir a todos aquellos trabajadores que pretendan formar parte de una asociación laboral, durante el lapso de tramitación de la asociación, cosa que precisamente constituye objeto de protección legal.

Continúa su fundamentación señalando asimismo, que interpretar el art. 452 de la codificación laboral, en el sentido que este mandato solo protegería a los trabajadores que se encuentren en trámite de asociación sindical para no ser desahuciados, y no a los trabajadores que sufran despido intempestivo, entraña una vulneración del derecho constitucional de asociación laboral, así como también, una lectura contraria al principio constitucional *pro operario*, habida cuenta que si se acepta la interpretación de los operadores jurídicos de alzada, el derecho de asociación laboral se vería truncado.

> [...] la ley no puede premiar al empleador que despide y por el contrario sancionar a quien desahucia, pues la teoría de los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago se convertiría en *patente de corso* para evadir el pago de indemnizaciones laborales despidiendo a los trabajadores para así evitar la existencia de sindicatos [...][1]

En reforzamiento de lo expuesto, indica que la jurisprudencia acusada por él como inobservada, corrobora su posición. Finaliza su exposición – con respecto a este punto- señalando que la forma de interpretación de la disposición acusada infringida, al ser textual, vulnera el sentido proteccionista del derecho laboral, así como el art. 326.3 de la Constitución de la República.

2.2.2. De otro lado y en relación con lo anterior, manifiesta el casacionista, que existe falta de aplicación del art. 453 del Código de Trabajo, pues además del yerro anterior en el que incurre el tribunal de apelación, comete otro cuando señala que no ordena el pago de la indemnización del art. 452, por cuanto ya se constituyó la primera directiva del Sindicato de Trabajadores del Municipio de San Juan Bosco..., consideración que confunde entre lo que es la directiva provisional y la primera directiva.

Aunado a esto, indica el casacionista, que la norma acusada como no aplicada (art 453 CT), es clara al establecer un tiempo de protección de cinco días posteriores a la aprobación de los estatutos; en este sentido, -dice- el Ministerio de Relaciones Laborales aprobó los estatutos y concedió personería jurídica al sindicato de trabajadores del Municipio San Juan Bosco, recién con fecha 16.05.16, mientras que el despido intempestivo a que fuera sujeto, se produjo el 03.01.12, fecha dentro de la cual se encontraba vigente la protección legal de prohibición de despido o desahucio a aquellos trabajadores en trámite de constitución de una agremiación sindical.

De otro lado, señala que:

> [...] hay confusión respecto de la directiva provisional con la primera directiva, toda vez que al momento de llevarse a cabo la asamblea de constitución del sindicato se conformó la directiva provisional, mientras que la primera directiva se puede conformar únicamente cuando se haya concedido personería jurídica al sindicato, por lo que en este caso era menester aplicar el artículo 453 del Código de Trabajo [...][2] (resaltado y negritas originales).

2.2.3. Finalmente, el casacionista acusa la inaplicación de los arts. 185 y 188 del Código de Trabajo, argumentando que el juzgador plural de alzada, no dispone el pago de la bonificación por desahucio (art. 185 CT), bajo el argumento que ordenar la entrega este rubro, constituiría una doble indemnización por el mismo hecho: despido intempestivo, lo cual, dicen los operadores jurídicos, solo puede establecerse vía legal o contractual, y que el caso bajo estudio no se enmarca en ninguno de ellos.

Considera el casacionista que existe un nuevo yerro por parte del tribunal de apelación, pues el rubro establecido en el art. 185 del Código de Trabajo, no es una indemnización por despido intempestivo, sino una bonificación, y que por tanto, un empleador no puede ser eximido de pagar este concepto laboral, a pretexto de haber pagado una indemnización por despido intempestivo, hecho que doctrinariamente se conoce como un delito laboral, y por el cual, el patrono ha de ser sancionado.

Concluye señalando que a más de la indemnización por despido, le corresponde la bonificación por desahucio –a *contrario sensu* de lo que dice el fallo impugnado-, porque esta doble sanción laboral, tiene sustento en la ley, aseveración esta que ha sido emitida por la propia Corte Nacional de Justicia en la Gaceta Judicial LXXIII. Serie XI. Nº 6. p. 789.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

De los cargos acusados en contra de la sentencia de apelación, así como de la fundamentación del recurso de casación, se tiene el siguiente escenario:

El actor manifiesta que al haber sido despedido intempestivamente por la institución demandada durante el periodo de tramitación del sindicato de trabajadores, le correspondía además de la bonificación por desahucio (art. 185 CT), las indemnizaciones por despido intempestivo (art. 188) y la de prohibición de desahucio y despido de los trabajadores a sindicarse (art. 452), rubros que no han sido cubiertos por el Gobierno Autónomo descentralizado de San Juan Bosco.

De ahí se tiene que existen tres cuestiones a solucionar por este órgano jurisdiccional:

[1] Recurso extraordinario de casación, folios 29-34 del cuaderno de segunda instancia.
[2] Ibídem.

1) ¿La norma contenida en el art. 452 del Código de Trabajo establece una protección legal a los trabajadores en trámite de constitución de un sindicato, únicamente para no ser desahuciados?

2) ¿Cuál es el periodo de protección que contempla la disposición del art 453 del Código de Trabajo? y ¿el trabajador se encontraba dentro del plazo de amparo?; y finalmente.

3) ¿La orden de pago de la bonificación por desahucio (art. 185 CT), es asimilable a la indemnización por despido intempestivo (art. 188 *ibídem*), de modo tal que se pueda afirmar que existe doble indemnización por un mismo hecho?

2.4. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO:

2.4.1. Hechos probados en la sentencia recurrida:

Como es sabido, a propósito de la causal primera del art. 3 de la ley de casación, el tribunal de control, no puede alterar ya los hechos fijados en la sentencia que se impugna, toda vez que esta causal entraña la infracción directa de una norma sustantiva –error de derecho-, yerro que se produce ya sea por falta o indebida aplicación o por errónea interpretación de la norma, al momento de subsumirla a los hechos fijados; de ahí que en estricta técnica casacional, cuando se acusa causal primera, como en el caso, el operador casacional parte de la certeza que el quejoso se encuentra satisfecho a plenitud con las premisas fácticas del fallo recurrido, no así con la adecuación de la norma abstracta a aquel escenario.

Una vez dicho esto, corresponde entonces conocer, cuáles son los elementos fácticos que el tribunal *ad quem*, ha dado por ciertos en su pronunciamiento:

> SEXTO: De la documentación presentada y reproducida en la audiencia de prueba tanto por parte del actor y demandado como son los contratos de trabajo que obran de 1 a 14 y de 44 a 64 del primer expediente se colige que el trabajador ha venido siendo contratado por la parte demandada, a través de varios contratos a plazo fijo, en calidad de obrero con intervalos de tiempo para prestar sus servicios durante los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, lo cual ha sido corroborado con la certificación emitida por la GAD Municipal de San Juan Bosco, con lo que se ha demostrado que el accionante ha laborado bajo subordinación y dependencia por más de dos años para la parte demandada. Si bien los contratos de prestación de servicios suscritos entre el accionante y la parte demandada no son continuos, los cuales contravienen lo establecido en el Art. 14 del Código de Trabajo, que establece que el tiempo de duración mínimo de este tipo de contratos, es de un año. Del análisis de la documentación presentada por la parte demandada y actora como son los contratos de trabajo, se desprende claramente, que el trabajador desde el año 2000 con intervalos de tiempo ha laborado hasta el año 2011, es decir ha prestado sus servicios por más de dos años en calidad de obrero prestando sus servicios a la Municipalidad del Cantón San Juan Bosco, a través de contratos a plazo fijo, por ende al haber laborado por más de dos años bajo esta modalidad, la ley le otorga estabilidad laboral, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 184 del Código de Trabajo cuando dice: 'En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá ser notificada con menos treinta días de anticipación y de no hacerlo así se convertirá en contrato por tiempo indefinido', es decir por haber transcurrido más del tiempo establecido en el Art. 184 del código de la materia, el actor adquirió estabilidad laboral [...] el trabajador no solo ha laborado durante el año 2011, sino que este viene prestando sus servicios desde el año 2000 mediante contratos a prueba y a plazo fijo para prestar sus servicios en el Departamento de Obras Públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón San Juan Bosco, es decir las labores que se realiza dentro del departamento de obras públicas, *no son ocasionales como pretende hacernos creer la parte demandada, sino que las actividades a realizarse son estables o permanente, durante todo esos años prestando servicios a la comunidad de la jurisdicción de dicho cantón (San Juan Bosco) y no ocasionales,* ya que de ser como manifiesta la parte demandada; los Departamentos de Obras Públicas dentro de los Gobiernos Autónomos Descentralizado Municipales deberían desparecer; y cuando los Municipios pretende realizar una obra ocasional se lo hace a través de la contratación pública; y no es susceptible que la misma institución licite, contrate y ejecute la obra. SÉPTIMO: La parte demandada pretende hacer creer, que el accionante ha sido contratado para realizar varias obras ciertas, pero sin embargo analizados los contratos celebrados entre el accionante y el accionado, contradice al espíritu mismo, y más aún, atacan a la naturaleza del contrato de obra cierta, el cual se encuentra definido en el art. 16 del Código de Trabajo: 'El contrato es por obra cierta, cuando el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta para ejecutarla'; en suma el contrato de obra cierta tiene las siguientes características: 1.- El trabajador toma a su cargo la labor de una

obra determinada; *dentro de esta causa no se ha verificado esta condición sine qua non para que sea un contrato de obra cierta, ya que la EJECUCIÓN de las obras las tiene el Departamento de Obras Públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Juan Bosco, lo cual es corroborado con la documentación que obra de fojas 149 a 150 del primer cuaderno* [...]; por lo tanto de qué contrato de obras ciertas, está hablando la parte demandada?, si el ejecutor de las obras no es el actor, sino la propia parte demandada ósea la Municipalidad. 2.- La forma de REMUNERACIÓN en los contratos de obra cierta comprende la totalidad de la ejecución de la obra; dentro de esta causa se colige claramente que dentro del contrato de trabajo, celebrado entre la parte actora y demandada (trabajadora y empleadora) la remuneración mensual como por ejemplo 236.000 sucres mensuales en el año 2000; 19,16 dólares en el 2001; 29,16 dólares el 2002, 2003, 2004, hasta 364,61 dólares en el 2011, etc., es decir no se le ha pagado al actor un determinado monto por la ejecución de la obra total; 3. Para que constituya un contrato de obra no se toma en cuenta el tiempo para la ejecución de dicha obra, pero sin embargo en los contratos de trabajo celebrados entre la partes litigantes, se ha establecido un determinado tiempo para la ejecución de las supuestas obras; *por lo tanto la excepción planteada por la parte demandada de que ha existido un contrato de obra, se la desecha ya que el contrato laboral celebrado entre las partes no es un contrato de trabajo a tiempo fijo ya que por las constantes renovaciones laborales a través de ciertas argucias ha hecho que los contratos de trabajo sean indefinidos cuyo resultado final es la estabilidad laboral del actor y al haberse despedido al trabajador bajo estas circunstancias, como es que el contrato a plazo fijo se volvió indefinido, ha operado el despido intempestivo por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Juan Bosco* [...] por lo que en aplicación del principio de supremacía constitucional establecida en el Art. 424 en relación con el art. 326 numeral 3 de la Constitución [...] *este Tribunal considera que se ha probado el despido intempestivo dentro de esta causa* por lo que concede a favor del actor el pago de este rubro y dispone pagar el valor de CUATRO MIL DIEZ CON SETENTA Y UN DOLARES, ($4.010,71).[3] (cursivas no originales).

Como se ve, el fallo bajo cuestionamiento da por cierto dos hechos, y que como se dijo, son ya incontrovertibles: a) el accionante trabajó para la institución demandada a partir del año 2000, bajo la modalidad a plazo fijo, para convertirse en indefinido a partir del año 2002, hasta el 2011; **b)** percibió como última remuneración, la suma de USD $ 364.61 y, **c)** la forma de terminación de la relación laboral, se ha dado por despido intempestivo de la institución demandada en contra del ex trabajador, hoy accionante.

2.4.2. ¿La norma contenida en el art. 452 del Código de Trabajo establece una protección legal a los trabajadores en trámite de constitución de un sindicato, únicamente para no ser desahuciados?

El texto legal considerado como erróneamente interpretado, prescribe:

Art. 452.- *Prohibición de desahucio y de despido.- Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva.* Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva.

De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral.

Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores.

Las asambleas generales para la organización de las restantes asociaciones de trabajadores, no están sujetas al requisito del cincuenta por ciento, a que se refiere el inciso anterior. (cursivas no originales).

Mientras que el tribunal de apelación realiza la siguiente interpretación de la disposición en cita:

NOVENO: El accionante ha demandado el pago de la indemnización prevista en el Art. 455 del Código de Trabajo, artículo que está relacionado con el artículo 452 ibídem [...] del contenido de esta norma se denota claramente que dicho artículo *si bien consta dentro del título de prohibición de desahucio o despido; analizado el texto mismo de la norma la prohibición refiere únicamente al desahucio*, circunstancia que no ha ocurrido en este caso, ya que ha operado otra figura que no está contemplado en el artículo que se analiza; como es el despido intempestivo, *es decir el legislados a pesar de que su espíritu era incluir a estas*

[3] Sentencia de apelación, folio 21-28 del cuaderno de segunda instancia.

dos figuras jurídicas como el desahucio y el despido intempestivo se olvidó de incluir el despido intempestivo dentro del texto del Art. 452 del Código de Trabajo, y como Administradores de Justicia debemos está a lo dispuesto en la norma siempre y cuando no se violente derechos constitucionales, por lo que se niega el pago de este rubro [...]

De lo transcrito podemos extraer algunos elementos relevantes para el análisis: A pesar que la disposición en cita, en su inciso segundo es clara cuando establece "*De producirse el despido o el desahucio*, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral", y que el propio tribunal *ad quem*, señala que la finalidad de la norma es la de *prohibición de despido desahucio* a los trabajadores en trámite de sindicalización, terminan realizando –según aseveran- una interpretación literal del texto normativo. Es decir, en contra de la teleología de la disposición acogen la literalidad del inciso primero, y excluyen al accionante de la protección de la norma por haber sido este despedido y no desahuciado.

Para solucionar el escenario anterior, resulta pertinente además de lo ya dicho, conocer el contenido de la disposición del art. 455 de la propia codificación laboral, que establece: "Indemnización por desahucio y despido ilegales.- El empleador que contraviniere la prohibición del artículo 452 de este Código, i*ndemnizará al trabajador desahuciado o despedido* con una suma equivalente al sueldo o salario de un año."

La manera adecuada de interpretar la disposición del texto normativo del art. 452 del Código de Trabajo, es a través de los métodos sistemático y finalista, pues de la lectura integral de las normas transcritas,[4] se desprende –como el propio ad quem reconoce- que el legislador ha definido en forma inconfundible la protección de prohibición de desahucio o despido a todos aquellos trabajadores que se encuentran por sindicalizarse, claro está, bajo las condiciones que la propia ley señala.

Esto es así además, porque resultaría indeseado para el derecho laboral, que el legislador configure un ámbito de protección para que los trabajadores en trámite de sindicalización solo a no ser desahuciados, y no para quienes fueran despedidos, pues esta lectura de la norma además de ser restrictiva y aislada, potencia el absurdo bajo el cual, el empleador puede despedir a los trabajadores por agremiarse, pero no desahuciarlos. El método de interpretación del ad quem, a más de contravenir el principio constitucional de desarrollo progresivo de los derechos (art. 11.8 CRE), que es de obligatorio cumplimiento por parte de los operadores jurídicos, atenta –como bien razona el casacionista- contra uno de los derechos de mayor importancia dentro del derecho laboral, como es el de libertad de asociación de los trabajadores (art. 326.7 CRE).

Además de lo analizado, como bien señala el recurrente, en los tres expedientes 6, 36 y 39 publicados en el Registro Oficial 598 de 17.06.02, de la ex Corte Suprema de Justicia, coincide con lo analizado por este órgano jurisdiccional. En los tres pronunciamientos, se repite textualmente el mismo criterio, donde se lee:

QUINTO.- El artículo 459 (actual 452) del –Código del Trabajo puntualiza la garantía del trabajador para no ser ni despedido, ni desahuciado, cuando el empleador ha sido notificado por el Inspector del Trabajo con la decisión de los trabajadores de constituir un sindicato o cualquier otra asociación. El artículo 462 (actual 455) del propio cuerpo de leyes, cuantifica la sanción en caso de contravenir la norma legal invocada. Consta de fojas 45 del proceso la certificación otorgado por la Inspectoría del Trabajo de Zamora Chinchipe, que demuestra que efectivamente se encontraba en trámite la Documento con posibles errores digitalizado de la publicación original. Favor verificar con imagen. No imprima este documento a menos que sea absolutamente necesario. Registro Oficial Nº 598 – Lunes 17 de Junio del 2002 – 17 'formación del Sindicato Único de Trabajadores del I. Municipio del Cantón Palanda' y que los demandados fueron notificados oportunamente. Además el argumento sostenido por los casacionistas en el sentido de que cuando fueron citados con la demanda, ya se hallaba aprobada el Estatuto de la Organización Sindical, carece de fundamento legal, puesto que la prohibición de desahuciar o despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos, han notificado al respectivo Inspector del Trabajo que se han reunido en Asamblea General para constituir un comité de empresa, sindicado o cualquier otra asociación de trabajadores; y, como queda determinado, tan pronto hicieron conocer

[4] Ver arts. 440 ss del Código del Trabajo, Título V. Capítulo I denominado "*De las asociaciones de trabajadores*".

al Inspector del Trabajo, se produjo el despido por consiguiente, no tiene sustento legal el argumento de los demandados [...]

En consecuencia, ha lugar el cargo de errónea interpretación del art. 452 del Código de Trabajo, así como el de falta de aplicación del art. 455 ibídem, y de los pronunciamientos de la ex Corte Suprema de Justicia, acusados como inobservados.

2.4.3. ¿Cuál es el periodo de protección que contempla la disposición del 453 Código de Trabajo? ¿El trabajador se encontraba dentro del plazo de amparo?

Ahora bien, una vez definido lo anterior, esto es **i)** que efectivamente el accionante fue despedido; y, **ii)** que el legislador ha establecido prohibición de despido y desahucio a aquellos trabajadores en trámite de sindicalización, corresponde conocer cuál es el plazo de protección legal bajo análisis.

El tribunal de apelación, además de usar el criterio anteriormente señalado para negar la indemnización de la que trata el art. 452 de la codificación laboral, determina que:

> NOVENO: El accionante ha demandado el pago de la indemnización prevista en el Art. 455 del Código de Trabajo, artículo que está relacionado con el artículo 452 ibídem [...] del contenido de esta norma se denota claramente que dicho artículo *si bien consta dentro del título de prohibición de desahucio o despido; analizado el texto mismo de la norma la prohibición refiere únicamente al desahucio*, circunstancia que no ha ocurrido en este caso, ya que ha operado otra figura que no está contemplado en el artículo que se analiza; como es el despido intempestivo, *es decir el legislador a pesar de que su espíritu era incluir a estas dos figuras jurídicas como el desahucio y el despido intempestivo se olvidó de incluir el despido intempestivo dentro del texto del Art. 452 del Código de Trabajo, y como Administradores de Justicia debemos está a lo dispuesto en la norma siempre y cuando no se violente derechos constitucionales, por lo que se niega el pago de este rubro* [...] Otra razón por la que no se manada a pagar este rubro, es debido a que ya se constituyó la primera directiva del Sindicato de Trabajadores del Municipio de San Juan Bosco.- Con respecto al pago de costas judiciales no se fija ni se ordena el pago de estas, pues existe prohibición legal expresa, constante en el Art. 285 del Código de Procedimiento Civil, que refiere que el Estado no puede ser sancionado en costas. En virtud de lo expuesto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta parcialmente el recurso de [...] Y DECLARA parcialmente con lugar la demanda, por lo que este Tribunal dispone que la parte demandada esto es, El Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón San Juan Bosco, pague al señor MANUEL CRUZ ATARIGUANA ANGAMARCA por concepto de indemnizaciones laborales, la cantidad de CUATRO MIL DIEZ CON SETENTA Y UN DOLARES, ($ 4.010,71). Por concepto de despido intempestivo de conformidad con lo dispuesto en el tercer inciso del Art. 188 del Código del Trabajo [...] (cursivas no originales)[5]

Los arts. 444, 452 del Código de Trabajo, y 453 ibídem, este último acusado como inaplicado, en su orden disponen:

> **Art. 444.- Registro de asociaciones profesionales o sindicatos.-** Recibida la documentación en el Ministerio de Trabajo y Empleo, el Ministro, e*n el plazo máximo de treinta días, ordenará el registro del nombre y características del sindicato o asociación profesional en el libro correspondiente de la Dirección Regional del Trabajo.*
>
> En caso de que el Ministro no hubiere cumplido con lo dispuesto en el inciso anterior o en el artículo siguiente, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato o asociación profesional.
>
> **Art. 452.- Prohibición de desahucio y de despido.-** Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva.
>
> De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral.
>
> [...]
>
> **Art. 453.- Discusión y aprobación de estatutos.** El proceso de discusión y aprobación de los estatutos de una organización de trabajadores y de designación de la primera directiva *no podrá durar más de treinta días contados desde la fecha en que se hubiere verificado la notificación al inspector de trabajo, salvo el caso de que el Ministerio de Trabajo y Empleo no hubiere procedido al registro de los estatutos dentro de este plazo. Si esto sucediere, el tiempo de protección se*

[5] Sentencia de apelación. Ibídem.

extenderá hasta cinco días después de aquel en que se aprueben los estatutos (cursivas no originales).

De los textos transcritos se infiere con claridad, una obligación para cada ente, por el lado del Ministerio de Relaciones Laborales, recibida la notificación de un grupo de trabajadores con intención de conformar una asociación sindical, tiene el plazo de 30 días para proceder a la aprobación de los estatutos, y al consecuente registro de la asociación sindical, hechos estos que dotan de personería jurídica a la asociación sindical, claro está una vez que se haya verificado el cumplimiento de los requisitos legales.[6] Mientras que por el lado del posible sindicato, asimismo, en el mismo plazo de 30 días contados a partir de la notificación al Ministerio, la agremiación, ha de designar su primera directiva, entiéndase por tanto que hasta que esto suceda, se ha nombrado con anterioridad una directiva provisional.

A lo señalado, se crean dos excepciones, a saber, si el Ministerio de Relaciones Laborales no aprueba los estatutos, ni registra la agremiación sindical en 30 días –desde la notificación-, entonces: **a)** no se puede nombrar la primera directiva en 30 días; y, **b)** el periodo de protección legal de prohibición de despido y/o desahucio se extenderá en cinco días posteriores a que la autoridad administrativa apruebe los estatutos.

En el caso bajo estudio, la notificación a la inspectora de trabajo con la intención de formar el sindicato del que forma parte el accionante, se realiza el 23.08.11, mientras que el órgano ministerial, procede a la aprobación de los estatutos y registro del sindicato, recién con fecha 16.05.12.[7] Se debe recordar además, que el despido del trabajador, se produjo el 03.01.12.

En consecuencia, en aplicación de las normas laborales transcritas, se tiene que el accionante, en la flecha de despido, se encontraba durante el plazo de protección laboral que la ley establece, por tanto, procede también la acusación de inaplicación del art. 453 del Código de Trabajo.

2.4.4. ¿La orden de pago de la bonificación por desahucio (art. 185 CT), es asimilable a la indemnización por despido intempestivo (art. 188 ibídem), de modo tal que se pueda afirmar que existe doble indemnización por un mismo hecho?

Finalmente, el casacionista acusa la inaplicación de los arts. 185 y 188 del Código de Trabajo, argumentando que el juzgador plural de alzada, no dispone el pago de la bonificación por desahucio (art. 185 CT), bajo el argumento que ordenar la entrega este rubro, constituiría una doble indemnización por el mismo hecho. Así el juzgador plural de alzada, entrega el siguiente criterio:

> OCTAVO: La parte accionante ha demandado el pago de la bonificación por el rubro de desahucio [...] el Art. 188 inciso 8 determina que las indemnización despido intempestivo puede ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, más aún la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en fecha 26 de febrero del 2009, que la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo y bonificación por desahucio solo cabe cuando la ley o el contrato individual o colectivo lo dispongan expresamente', criterio que constituye fallos de triple reiteración emitido el 30 de junio del 2009 y publicado el 6 de agosto del 2009. Por lo que este Tribunal en aplicación de la Constitución de la República [...] en el numeral 3 del Art. 76 [...] que dice: 'nadie podrá ser juzgado y sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este tipificado como infracción penal, administrativa

[6] **Art. 443.- Requisitos para la constitución de asociaciones profesionales o sindicatos.-** Para los efectos contemplados en el artículo anterior los fundadores, en número no menor de treinta al tratarse de trabajadores, o de tres al tratarse de empleadores, deben remitir al Ministerio de Trabajo y Empleo, en papel simple, los siguientes documentos:
1. Copia del acta constitutiva con las firmas autógrafas de los concurrentes. Los que no supieren firmar dejarán impresa la huella digital;
2. Dos copias del acta determinada en el ordinal anterior, autenticadas por el secretario de la directiva provisional;
3. Tres ejemplares de los estatutos del sindicato o asociación profesional, autenticados asimismo por el secretario de la directiva provisional, con determinación de las sesiones en que se los haya discutido y aprobado;
4. Nómina de la directiva provisional, por duplicado, con indicación de la nacionalidad, sexo, profesión, oficio o especialidad, lugar o centro del trabajo y domicilio de cada uno de ellos; y,
5. Nómina de todos los que se hubieren incorporado al sindicato, asociación profesional o comité de empresa, con posterioridad a la asamblea general reunida para constituirlos, con especificación del lugar de su residencia, la profesión, oficio o especialidad y el lugar de trabajo de los integrantes.

[7] Ver folios 125-127 y 135 del segundo cuaderno de primera instancia.

o de otra naturaleza, ni se le aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la ley... Norma constitucional que está en relación con lo dispuesto en el Art. 11 de la Constitución numeral 3 cuando dice: "Los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación… Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución y la ley'. En base a lo expuesto en este considerando *el Tribunal cree improcedente el pago por el rubro del desahucio.*[8] (cursivas no originales).

Como se ve, el órgano de alzada si dispone el pago de la indemnización por despido intempestivo conforme el art. 188 de la codificación laboral, razón por la cual, se desecha la acusación de inobservancia de esta regla; debe recordar el casacionista, que no puede imputar la falta de aplicación de una disposición normativa que efectivamente si ha sido aplicada.

Ahora bien, en el fallo de apelación se niega el rubro del que trata el art. 185 *ibídem*, bajo el argumento que este se convertiría en una doble indemnización por el mismo hecho, para ello, "dicen" apoyar su tesis en jurisprudencia.

Corresponde recordar al tribunal de apelación, que para basar su pronunciamiento en jurisprudencia, debe señalar en forma precisa y exacta cuál es el fallo al que se está refiriendo para apoyar su decisión, así no solo permite el control de los diferentes órganos jurisdiccionales, sino también cumple con el propósito de publicidad para el control de la sociedad en general. Con los simples datos de las fechas que entrega, sin mencionar el número de fallo, expediente, gaceta o cualquier otro detalle, el confrontamiento con esos supuestos "precedentes" se vuelve imposible de realizar, con lo cual, el argumento de apelación, se vuelve deleznable, *máxime* que la jurisprudencia para ser aplicada, debe cumplir por el principio de igualdad, con los mismos o al menos análogos patrones fácticos, jurídicos y de criterio con el caso a resolver y en el que se quiera aplicar el criterio jurisprudencial.

Más allá de lo dicho, el tribunal de apelación *yerra nuevamente al asimilar la bonificación por desahucio con la sanción por despido intempestivo*, pues mientras esta es una sanción para el empleador que irrespete el derecho de estabilidad laboral, al romper en forma arbitraria la relación laboral, y que por tanto procede solo en casos de despido intempestivo; aquella en cambio, es un derecho de todo trabajador a recibir una mejora adicional a la liquidación que le corresponde por el hecho de haber prestado sus servicios lícitos y personales para un mismo empleador por más de un año. Por tanto, la bonificación por desahucio no es un rubro sancionatorio como la indemnización por despido.

Aunado a lo anterior, la bonificación por desahucio, proviene del beneficio que se le debe al trabajador por haber prestado sus servicios lícitos y personales por el tiempo de un año o más, mientras que como ya se dijo, la indemnización por despido intempestivo, es un rubro por resarcimiento del derecho a la estabilidad laboral arbitrariamente desconocido, por tanto, uno y otro rubro, si bien son independientes, son perfectamente compatibles; así, una persona que ha trabajado por más de un año para un mismo patrono y termina su relación laboral por justa causa, le ha de corresponder la bonificación por desahucio y no la de despido; pero si su relación laboral termina por despido intempestivo, le ha de corresponder además de la indemnización de la que trata el art. 188 del Código de Trabajo, la bonificación por desahucio.

A parte de este análisis, el tribunal desconoce el contenido del inciso quinto del art. 188 del Código de Trabajo, que establece "El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, *sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código*." Es decir, que de una lectura simple de este mandato, se deduce que la propia ley es la fuente que permite el pago de los dos rubros.

En este contexto, procede entonces el cargo de falta de aplicación del art. 185 de la codificación laboral, por lo que, se deben liquidar los valores a que el accionante tiene derecho.

2.5. Liquidación de haberes:

Como se advirtió en los considerando anteriores, al accionante le asisten a más de la indemnización por despido intempestivo (art. 188 CT) fijado en

[8] Sentencia de apelación, *ibídem*.

la sentencia de apelación, por USD $ 4.010.71, los rubros correspondientes a:

- Bonificación por desahucio (art. 185 CT).
- Indemnización por despido o desahucio ilegales (art. 455 CT).

En este contexto, se proceden a liquidar dichos valores, para esto se tiene como elementos de cálculo los siguientes:

- Última remuneración, diciembre de 2011, USD $ 364.61
- Años de servicio despido intempestivo 12.[9]
- Años de servicio despido para bonificación por desahucio 11.

Despido intempestivo	364.61 * 12=	4.375.32
Bonificación por desahucio	(364.61*11) 25%	1002.67
Despido ilegal art. 455 CT	364.61 * 12 meses=	4.375.32
Total		9.753.31

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

3.1. Por las consideraciones expuestas en los considerandos que anteceden, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, casa la sentencia recurrida, y que fuera dictada el 15 de mayo de 2013; las 13h49, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago. Sin costas ni multa.

3.2.- Debiéndose pagar al accionante por concepto de indemnización por despido intempestivo de acuerdo al art. 188 del Código de Trabajo, bonificación por desahucio conforme el 185 *ibídem*, e indemnización por despido ilegales por mandato del art. 455 de la misma codificación, la cantidad total de USD $ 9.753.31.

3.3. Con el ejecutorial, devuélvase el expediente en forma inmediata al tribunal de origen. Sin costas ni multa. Actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia en calidad de Secretario Relator Encargado de la Sala. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[9] Se tienen 12 años de servicio, toda vez que al ser despedido los primeros días de enero del 2012, teniendo en cuenta que el inciso cuarto del art. 188 del Código de Trabajo, establece que la fracción de un año, será considerada como un año completo.

Gaceta Judicial

año 2016

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

I

Resolución nro. 123-2016
Juicio nro. 739-2015

Juicio ordinario por reivindicación propuesto por la señora Martha Florencia Sucuzhañay Yascaribay contra María Dolores Guamán Chimbay

SÍNTESIS

La actora alega que es propietaria de un terreno rústico y casa en él construida. Que ha solicitado a la actual poseedora, señora María Dolores Guamán Chimbay, que se lo restituya, pero no lo ha hecho. La demandada contesta, alega que existe litis pendencia, cosa juzgada, ilegitimidad de personería, falta de derecho de la actora. Reconviene y solicita se declare a su favor la prescripción, pago de inversión en adquisición del predio, mejoras, construcción, dotación de servicios. Se comprueba la litis pendencia, no existe cosa juzgada. La demandada posee el bien desde hace más de quince años, así demuestra además con sus títulos; el título presentado por la actora es de hace un año. Se declara sin lugar la acción por falta de título. La actora presenta recurso de apelación. El Tribunal de apelación encuentra que el título escriturario de la actora es válido como uno de los requisitos para que opere la acción reivindicatoria. El Tribunal de apelación sostiene que existió mala fe en la posesión; y que no es procedente reconvenir la prescripción. Acepta el recurso de apelación. Se dispone entrega del bien. Inconforme, la demandada presenta recurso de casación, el cual es aceptado parcialmente, por la causal quinta. Señala que se declaró nula la escritura por medio de la cual se transfirió el bien; pero que los dueños del bien lo transfirieron a otra persona, lo cual le generó indefensión. El Tribunal en su análisis señala que una vez declarada la nulidad de un contrato de compraventa se debe restituir las cosas a su estado anterior, restituciones mutuas. Añade que existen dos procesos con identidad subjetiva, identidad de pretensión e identidad en el derecho reclamado; con lo que se concluye la existencia de cosa juzgada. En tal virtud, casa la sentencia y rechaza la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 739-2015

Juez Ponente: Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, jueves 9 de junio del 2016, las 16h23.-

VISTOS:

María Dolores Guamán Chimbay, en el juicio ordinario de reivindicación que en su contra sigue Martha Florencia Sucuzhañay Yascarabay, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, el 22 de mayo de 2015, las 14h12, la que aceptó el recurso de apelación interpuesto por Martha Florencia Sucuzhañay Yascaribay, revocó el fallo de primera instancia y declaró con lugar a la acción reivindicatoria, disponiendo que la demandada entregue el bien materia de la litis. Para resolver se considera:

PRIMERO
FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. La casacionista considera que se han infringido en los artículos 1707 y 1757 del Código Civil y 297 del Código de Procedimiento Civil. La doctora Beatriz Suárez Armijos Conjueza de la Corte Nacional de Justicia ha aceptado parcialmente el recurso de casación, solo por la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación.

1.2. La recurrente alega, que el artículo 1707 del Código Civil establece que:

"Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras". Y señala que, aunque la sentencia dictada el 8 de julio de 2008 declara la nulidad de un título, ésta se vuelve inejecutable porque quien fuera dueño de este terreno ya lo vendió a otra persona. El tercer vendedor ya lo transfirió a un cuarto que es la actual demandada.

Indica que en el considerando noveno de la sentencia recurrida, los señores jueces hacen un análisis equivocado y falseando la verdad asegurando que: "En el caso que estamos analizando la posesión no es un derecho, es un hecho. Más, la posesión de buena fe se da cuando alguien tiene la posesión de una cosa no robada, no perdida y que no está en discusión. La demandada sabía que el predio materia de esta acción ha estado en constante controversia desde su adquisición, conforme se determina de la prueba documental que han incorporado los litigantes". En efecto después del año 2008, en que se dictó la nulidad del contrato de compraventa celebrada en el año 1995, se inicia un juicio de reivindicación propuesto por José Sucuzhañay en contra de María Dolores Guamán, la misma que adquirió el lote de terreno con justo título y buena fe. La prueba presentada por la actora en este juicio, sirve para desechar la demanda, como bien lo hizo el señor Juez Primero de lo Civil de Cañar, el 19 de agosto de 2013 y para iniciar el juicio penal en contra de Martha Florencia Sucuzhañay por la mala fe con la que actuó, tanto para obtener la nulidad de la escritura celebrada en 1995, así como en la celebración de la escritura de compra del terreno en el año 2012. Por lo tanto existe falta de aplicación del artículo 1707 del Código Civil.

Sobre la validez de los títulos presentados señala la recurrente, que en efecto el artículo 1757 del Código Civil dispone: "Si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido tal (sic) otro. Si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo."

Alega que en el Considerando Cuarto de la sentencia dictada en primera instancia, de manera clara y precisa el juzgador trae la jurisprudencia y la doctrina relativa a la falta de derecho de la actora y para asegurar la decisión se señala: "(...) el caso que nos lleva al análisis sería de aquellos en los que tanto la actora y la demandada alegan ser dueñas del inmueble objeto de la reivindicación". Juan Larrea Holguín, menciona "en la acción reivindicatoria quien alega ser propietario tiene que demostrar que le corresponde el derecho de dominio; y lo adquirió por un título traslativo, también deberá probar que quien se lo transfirió era realmente propietario, ya que nadie da lo que no tiene ni transfiere un derecho que no tiene". Es decir en el caso, en que tanto la actora y la demandada presenten al mismo tiempo títulos de propiedad y cada uno defiendan la legitimidad de los suyos, el juzgador está en el deber de examinar y resolver, dentro del mismo proceso iniciado en la acción de reivindicación, cual es el válido y el eficaz para producir la tradición. La Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: " si los títulos del actor y demandado arrancan un mismo causante, se aplicará el artículo 1757 del Código Civil; pero si los títulos emanan de autores diferentes y se remontan a más de quince años, se preferirá a quien se halle en posesión del bien (...) si ninguno alcanza a los quince años, la fecha de los títulos respectivos no cuenta, porque nada dice que el causante que otorgó el título más antiguo haya sido el verdadero dueño, las presunciones que pueden inferirse de los títulos en combate se neutralizan, pues son de igual valor. Por lo tanto, al tener ambos títulos igual valor, debe preferirse a quien, a más de ostentar un título de dominio válido, se encuentra en posesión actual del inmueble, ya que la posesión acompañada de justo título merece la protección del ordenamiento legal para la paz social y la seguridad jurídica." La Corte Provincial de Justicia asegura que se ha declarado la nulidad absoluta de la escritura celebrada en 1995, y que por tanto las posteriores escrituras también son nulas. La escritura otorgada el 19 de enero de 1998, no ha sido declarada nula y la nulidad que se conoce recién fue en el año 2013.

Menciona que el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, establece categóricamente que: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en derecho. En consecuencia no podrá seguirse un

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho". La actora de este proceso, es la hija de los señores José Joaquín Sucuzhañay Campos y María Dolores Yascaribay Yascaribay. Estos cónyuges en el año 1995 vendieron el tote de terreno, motivo de este juicio a su hijo José Joaquín Sucuzhañay Yascaribay. Estos mismos cónyuges a sabiendas que ellos vendieron el terreno hace ya más de 17 años, ahora intentan recuperar el terreno. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, hace un análisis sobre la litis pendencia y la cosa juzgada interpretando erróneamente lo dispuesto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. En esta serie de errores, la Sala olvidó que la actora en el presente juicio es sucesora de sus padres y que por consiguiente estaba prohibida de iniciar el nuevo juicio, en la que hay identidad subjetiva. Por tanto en la sentencia que se recurre existe falta de aplicación de los artículos 1707 y 1757 del Código Civil, así como errónea interpretación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil.

La recurrente acusa que la Sala ha adoptado una decisión contradictoria e incompatible, no entendieron que nulidad declarada de la escritura de venta efectuada en el año 1995 no beneficia a las realizadas en 1997 y 1998. Solo si se hubiera aplicado el artículo 1707 del Código Civil, la Sala tuviera la convicción de que la nulidad inscrita en el año 2013 no perjudica la validez de la escritura celebrada en 1998. Si se aplicaba el artículo 1757 del Código Civil, la Corte concluyera que los dos títulos traslaticios de dominio que consta en autos, el preferente es el celebrado en 1998. Y si se interpretaba en la forma que corresponde el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil se aceptaría las excepciones de litis pendencia y cosa juzgada que fueron propuestas en tiempo oportuno. Finalmente aduce que se la ha privado de su derecho a la defensa y se la ha dejado en indefensión. No se aplicó el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

SEGUNDO
CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Jurisdicción y competencia

Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integramos fuimos constitucionalmente designados mediante Resolución N°. 004-2012 de 25 de enero del 2012, ratificados mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia N°. 01-2015 de 28 de enero de 2015. Y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación.

2. Naturaleza y objeto del recurso de casación

El recurso de casación, es un recurso extraordinario, formal, limitado y axiomático que procede únicamente contra sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, además contra providencias expedidas en su ejecución. La Constitución de la República establece en el artículo 184 que una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia es conocer los recursos de casación. Su propósito es restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (artículo 76, Constitución de la República del Ecuador). La Constitución de acuerdo a los artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un estado constitucional de derechos y justicia que garantiza los derechos fundamentales de los justiciables, la Corte Nacional al ser el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria realiza un control de legalidad, su rol es el de desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración garantizando la efectiva vigencia de todos los derechos, acorde a lo que manda la Constitución. "La defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; y la igualdad ante la ley" (Enrique Vescovi, La Casación Civil, Pag. 25). Calamandrei " define a la casación como un instituto consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que , a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contenga error de derecho en la solución de mérito". (Citado por Hernando

Morales, Técnica de Casación Civil, pag. 37). Finalmente Roxin señala que: "La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha recurrido en una lesión al derecho material o formal" (Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, 12va. Edición Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000, página 466).
En la actualidad "En el Ecuador y en algunos países de América Latina se ha afincado el Neoconstitucionalismo y ha provocado un cambio cualitativo en el pensar y en el actuar jurídico: se ha construido otro marco jurídico-político dentro del cual tenemos que actuar, razonar y elaborar los juicios lógicos y axiológicos para desarrollar la actividad jurídica, con la calidez humana que debe primar en la relaciones de este tipo. Este nuevo marco está constituido por el denominado Neoconstitucionalismo. Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: la del Neoconstitucionalismo y, específicamente para América Latina, por el Noeconstitucionalismo Latino Américano. Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: La del Neocontitucionalismo y, por tanto la organización del poder político como la del poder judicial y otros poderes e instituciones estatales, deben responder a esta nueva realidad" (Cueva Carrión, Luis, La Casación en Materia Civil, 2da edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2011 pag.32).
Se ha de tener en cuenta que en materia de casación la parte relativa con la fundamentación, se asimila a un ejercicio de comparación y contraste entre las normas que fueron empleadas como presupuestos de derecho en el fallo cuestionado que pronunció el Tribunal, y las de quien recurre señala debieron haberse empleado y, demostrar con claridad que, efectivamente, la normativa expresada por el casacionista es la idónea o apropiada para juzgamiento del caso en cuestión. A decir de Humberto Murcia Ballén, quien recoge el criterio expuesto por Toboada Roca: "... son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada de las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida..." (Humberto Murcia Ballén, La Casación Civil, Editorial Temis, Bogotá, 1997, Pag.604).

3. Problema jurídico planteado

Son dos los principales problemas jurídicos que ha planteado la casacionista. Determinar los efectos jurídicos de la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa celebrado en el año 1995. Y establecer si existe cosa juzgada.

4. Análisis motivado

4.1 Se argumenta por la recurrente la causal quinta imputable al fallo de instancia. Esta causal, hace referencia a casos en que: "Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptaren decisiones contradictorias o incompatibles". Uno de los requisitos exigidos es, sin duda, la motivación contemplada en los artículos 274 del Código de Procedimiento Civil, y 76.7 letra l de la actual Constitución. En referencia al numeral 7 literal l) del artículo 76 de la Constitución determina que: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho". De la Rúa en su libro, Teoría General del Proceso sostiene que la motivación debe ser lógica, es decir que deberá responder a las leyes que presiden el entendimiento humano, por lo tanto debe ser coherente, lo que significa que los razonamientos expresados en la sentencia estarán constituidos por un conjunto de razonamiento armónico, sin contradicciones lo que a su vez deriva en que la motivación sea congruente, tanto en sus afirmaciones, deducciones y conclusiones, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance y significado. (De la Rúa, Fernando: Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1991, Pag 146). Eugenio Florián, citado por Fernando de la Rúa, señala que la sentencia "no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada" (De la Rúa Fernando, Teoría general del proceso, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991 Pag. 146.) Para Chiovenda la sentencian "Es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito." (Chiovenda José Derecho Procesal Civil, México, Cárdenas Editor, 1990, Pág.299.) Fernando Díaz Cantón, señala que la motivación es: "la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica" (Maer Julio,

Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, Pág. 59.) La motivación es un presupuesto de control casacional, además de ser una garantía del debido proceso consagrada en la Constitución. La motivación se debe justificar y rendir cuenta de los razonamientos a la solución que se ha tomado, es por eso que la referencia a fallos anteriores no es suficiente para justificar una decisión, la cuestión de la motivación y la sentencia en el derecho se presenta como una garantía constitucional. Por lo tanto, la falta de motivación en una sentencia causará la nulidad del fallo.

4.2 La casacionista señala en su recurso, que el 8 de julio de 2008 se declaró nula la escritura pública de compraventa celebrada el día 10 de julio de 1995, ante el Notario Tercero del cantón Azogues, a través de la cual se transfirió el bien materia de la litis. Sin embargo quien era dueño de este bien lo vendió a otra persona y un tercer vendedor lo transfirió a la actual demandada, dejándola en indefensión.

En relación al caso, el artículo 1697 del Código Civil establece que es nulo todo acto o contrato que le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el mismo acto o contrato según sea su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad absoluta puede ser declarada por un juez, aún sin petición de parte (artículo 1698 CC) y la nulidad relativa no puede ser declarada por un juez sino sólo a petición de parte (artículo 1700 CC). El artículo 1704 Código en referencia establece: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo."

De lo expuesto, se puede señalar, que toda nulidad declarada judicialmente produce efectos de cosa juzgada, y confiere el derecho a las partes de restituir las cosas a su estado anterior, lo que quiere decir, que las cosas vuelven a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo, pero se debe destacar que una vez que es declarado nulo un contrato, existe el derecho de las restituciones mutuas, es decir el pago de mejoras, la restitución de las especies o de lo que se haya pagado por aquello. Cada parte será responsable así mismo de la pérdida de las especies que se haya producido por culpa. En un contrato de compraventa que se declara posteriormente la nulidad, es obligación de la parte a quien se le hizo la entrega de la cosa, restituirla, y así también es obligación de la otra parte realizar los respectivos pagos por mejoras o la devolución del dinero pagado. Sobre la falta de aplicación del artículo 1707 del Código Civil, el que establece que cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras. Luis Claro Solar al respecto nos ejemplifica que " (...) si Pedro, Juan y Antonio han celebrado con Diego un contrato nulo o rescindible y Antonio, que demandó la declaración de nulidad, ha obtenido sentencia que acepta su demanda y declara la nulidad, el acto será nulo para él en virtud de esa sentencia; pero Pedro y Juan no podrían invocar la misma sentencia para que el acto o contrato se repute nulo respecto de ellos también: La sentencia no tiene fuerza sino entre Antonio y Diego que fueron las partes que litigaron únicamente." (Explicación del Derecho Civil chileno. Volumen 2, 1979, Pág. 633). La referida norma es aplicable cuando los contratantes son varias personas, vendedoras o compradores y cuando uno de ellos demanda la nulidad, la obligación no deja de subsistir respecto a los otros (vendedores o compradores); Norma que no es aplicable al caso en resolución.

4.3. Sobre la falta de aplicación del artículo 1757 del Código Civil, el cual determina que: "Si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si ha hecho la entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo." Este artículo tampoco es aplicable al caso en estudio, pues se refiere a los asuntos en que un mismo vendedor ha entregado la cosa a dos personas al mismo tiempo. "En consecuencia, aun cuando la segunda venta es válida (art. 1815 Código Civil), el único que adquiere el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

dominio de las mercaderías es aquél a quien primero se transfirió el conocimiento. "(Juan Carlos Varela Morgan, El Acreditivo, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Pág.82). En este caso, no es un mismo vendedor el que ha transferido el bien materia de la litis a la demandada y a la actora, por lo tanto tampoco es aplicable el artículo 1757 del Código Civil.

4.4. La casacionista argumenta que existe violación del artículo 297 del Código de Procedimiento, el que establece que : " La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma." Dice la parte accionada que al haber seguido los padres de la actora, antiguos dueños del bien materia de la litis, un juicio de reivindicación en contra de la demandada, la demandante no podía seguir nuevamente un juicio de reivindicación. Alegación que este Tribunal de Casación encuentra procedente, porque en primer lugar la referida norma señala que la sentencia surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

Un sucesor es un continuador de un derecho. Escriche citado por Cabanellas dice sobre los sucesores que: (...) tomándolas de principios romanos, expone estas normas sobre los sucesores en general: 1a quien sucede en el derecho o propiedad de otro debe usar del mismo derecho que él ; 2a el sucesor no puede ser de mejor condición que su actor ; 3a lo que el autor no hubiera podido perjudicar , no debe dañar tampoco al sucesor ; 4a lo que daña a los contratantes, daña igualmente a sus sucesores. (Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Argentina, Tomo VII, Pág. 558). En la presente litis se ha de hacer referencia a la sucesión de ínter vivos, que es: " el traspaso de una cosa de una persona a otra, o la cesión de derechos u obligaciones entre dos sujetos, para surtir efecto en vida de ambos, y por lo común de presente o sin larga dilación. Tal es la finalidad de numerosos contratos; con la compraventa, la donación, permuta, el comodato, la cesión de derechos". (Ob. Cit. Pág. 555). En suma, de lo expuesto se puede concluir que existe cosa juzgada ya que en este caso la actora, es sucesora de los derechos de sus padres a través de la compraventa que han realizado entre estos, en consecuencia la Corte Provincial de Justicia de Cañar, ha interpretado sin una adecuada motivación y en forma incorrecta el artículo 297 del Código de Procedimiento, cuando señalan que: "(...) no obstante examinadas las sentencias que pusieron fin al primer proceso reivindicatorio, si bien se encuentra que existe identidad de causa y de objeto, no se encuentra que correspondan a las mismas personas pues los actores en dicho proceso son los ciudadanos: JOSE JOAQUIN SUCUZHAÑAY CANTOS Y MARIA DOLORES YASCARIBAY YASCARIBAY, y en la especie la actora es: MARTHA FLORENCIA SACUZHAÑAY YASCARIBAY, constituya cosa juzgada material frente a los hoy demandantes; ya que en el pronunciamiento este, que solo puede vincular a las personas respecto a las cuales se dio una situación personalísima; pues la cosa juzgada alegada, que surge de la verificación de la ausencia de este presupuesto material tiene un marco de relatividad personal que impide extender sus efectos a personas distintas a aquéllas que fueron sujetos de la decisión (...)", sin tomar en cuenta que es mandato constitucional lo establecido en el artículo 76.7 literal l): " En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá la siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...) i) Nadie podrá der juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto", este es un principio que se encuentra también consagrado en Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos (artículo 14.7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.4). Pues, no se puede juzgar dos veces (non bis in ídem) sobre un mismo asunto, y menos aun cuando existe cosa juzgada.

La cosa juzgada "(...) podría definirse, entonces, como un objeto que ha sido motivo de un juicio (...) (Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Pág. 326), "(...) La cosa juzgada es el fin del proceso. Sin proceso no hay cosas juzgada, pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin (...)" (Ob. cit. Pág. 335). "La cosa juzgada integra el orden jurídico,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

en sentido normativo, en grado de generalidad decreciente. La Constitución se desarrolla en la legislación: la legislación se desarrolla en la cosa juzgada. Está es, como se ha dicho, no solo la ley del caso concreto, sino la justicia prometida en la Constitución. El derecho de la cosa juzgada, hemos sostenido, no es un derecho meramente declarado. Siempre existe, entre el derecho de la ley y el derecho de la sentencia, un cúmulo de diferencias que hacen de éste una cosa distinta de aquél. No sólo la certidumbre, que es ya de por si un quid novum con respecto a la ley, sino también la particularidad de la decisión proferida, la cual excluye, por si sola, todas las otras interpretaciones y aplicaciones posibles que el juez pudo haber hecho y no lo hizo." (Ob. Cit. Pág. 336). La ley prevé que los juicios tengan un fin, si no fuera así se viviría en un continuo estado de inseguridad y miedo. Para que exista cosa juzgada deben concurrir tres elementos y que son los siguientes: 1) La identidad subjetiva eaedem personae, esta se produce cuando intervienen las mismas partes que siguieron un juicio o sus sucesores en el derecho, que es justamente el caso en estudio; 2) La identidad objetiva o eadem res, consiste en que se demanda la misma cosa cantidad o hecho, fundándose además en la misma causa, razón o derecho, en este caso se ha demandado por dos ocasiones la reivindicación del bien materia de la litis; y finalmente tenemos la 3) identidad de la causa de pedir o eadem causa petendi, y es cuando el hecho jurídico material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, igualmente fundándose en la misma causa, razón o derecho, es decir, en palabras más simples es el ¿por qué reclama? Esta Sala de lo Civil y Mercantil respecto al tema en forma clara y concreta ha señalado sobre la cosa juzgada que es : "(...) el derecho constitucional a no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia y la institución de la Cosa Juzgada, reúnen en sí, los siguientes presupuestos objetivos comunes: misma causa y materia. La causa en materia civil es uno de los elementos constitutivos del vínculo jurídico denominado obligación. La causa es el motivo que lleva a las partes a la realización de un acto o la celebración de un contrato , no puede haber obligación sin una causa establece el art. 1483 del Código Civil, para determinarla debemos establecer el porqué de la obligación, que no se refiere a la razón sicológica esencialmente personal de cada una de las partes en el vínculo obligacional, sino a la causa próxima, la razón legal inmediata y directa del contrato, aquella que ha movido a cada parte a obligarse (...)" (Véase sentencia de casación dictada en el juicio N° 004-2011). En el caso en estudio claramente han concurrido los tres requisitos para que opere la cosa juzgada: 1) La identidad subjetiva, está dada, pues al ser la actora, sucesora del derecho de sus padres en su calidad de vendedores, ha propuesto esta demanda de reivindicación; 2) en ambos juicios, el seguido por los padres de la actora y el planteado por ella, lo que se demanda es la reivindicación del mismo bien; 3) así mismo en ambos juicios el derecho reclamado es igual. Por lo tanto, efectivamente existe una errónea interpretación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, como ya se señaló, volviendo incluso la demanda improcedente conforme queda expuesto, toda vez que la parte demandada se ha excepcionado con la existencia de cosa juzgada.

TERCERO
DECISIÓN

Por las motivaciones expuestas, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Casación, CASA la sentencia de 22 de mayo de 2015, las 14h12, dictada por la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en consecuencia por existir cosa juzgada, se rechaza la demanda. Conforme lo previsto por el artículo 12 de la referida Ley, devuélvase la caución a la parte accionada. **Notifíquese y devuélvase,** para los fines de ley.

f) Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL.

II

Resolución nro. 125-2016
Juicio nro. 684-2015

Juicio por cobro de tarjeta de crédito seguido por PACIFICARD S.A., contra Jorge Enrique Zurita Mora

SÍNTESIS

La entidad emisora de tarjeta de crédito, pretende el cobro por consumos. El demandado no contestó. En su demanda no explica cómo se ha obtenido la cantidad reclamada, por lo cual se la declara sin lugar. La sentencia de apelación confirma en todas sus partes la de primer nivel, por no demostrar los consumos realizados. Inconforme con tal decisión, la entidad actora presenta recurso de casación, fundamentado en las causales primera, segunda y tercera del artículo tres de la Ley de Casación. Se lo admite únicamente por la causal primera. Alega que existe un contrato suscrito entre las partes y que el demandado aceptó los estados de cuenta, que además no fueron impugnados en etapa de prueba ni objetados su legitimidad. Al realizar el análisis, el Tribunal señala que el contrato de tarjeta de crédito es un contrato de adhesión y hace una distinción entre el objeto del contrato y las obligaciones que nacen del contrato. Añade que fue obligación de la entidad actora, adjuntar los estados de cuenta que contengan: detalle pormenorizado de consumos en moneda nacional o extranjera, fecha de realización, número de nota de cargo, nombre del establecimiento afiliado e importe, tipo de cambio, de ser el caso. Sin embargo la entidad no anexa este detalle; razón por la cual no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 684-2015

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.
Quito, miércoles 22 de junio de 2016, a las 12h35.- **VISTOS.-** (684-2015): **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 01 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes para conocer de esta causa, en los términos de los Arts. 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Se integra este Tribunal con la actuación de la señora Doctora Beatriz Suárez Armijos, Conjueza de esta Corte Nacional de Justicia, que subroga al señor Juez Nacional Doctor Wilson Andino Reinoso, conforme oficio No. 0827-SG-CNJ-MBZ, de 15 de junio de 2016, suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Doctor Carlos Ramírez Romero. **2. ANTECEDENTES:** Sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación activado por el señor José Eduardo Cheing Flores en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S.A. contra la sentencia proferida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 16 de julio de 2015, las 09h27, y notificada a los sujetos procesales con fecha 17 de julio de 2015 las 08h45, confirmando en todas sus partes la sentencia venida en grado, que declara sin lugar la demanda, dentro del juicio verbal sumario que sigue contra Jorge Enrique Zurita Mora.- **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista aduce que en el fallo que impugna se han infringido las normas contenidas en los Arts. 66 numeral 16 y 82 de

la Constitución de la República; Arts. 1561 y 1562 del Código Civil; Arts. 38, 45 numerales 3 y 4; 103, 113, 114, 115, 116, 117, 121 inciso primero, 131; y, 194.4 del Código de Procedimiento Civil; y, 164 del Código de Comercio. Fundamenta el recurso en las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Uno de los señores Conjueces de esta Sala Especializada lo admitió parcialmente desde que inaceptó los cargos "por falta de aplicación de normas procesales de los Arts. 38 y 45 numerales 3 y 4; 103, 121, 131 y 194.4 del Código de Procedimiento Civil, afianzada en la causal segunda; y "por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidas en los Arts. 113, 114, 115, 116, 117, 121 inciso primero y 131 del Código de Procedimiento Civil, afianzada en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación". Las normas constitucionales alegadas por el recurrente, si bien no se encuentran analizadas en la procedibilidad del recurso, estas se encuentran inaceptadas, desde que se lo admitió únicamente por los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil; y, 164 del Código de Comercio, con cargo en la causal primera del Art. 3 de la ley mencionada supra, en auto de 8 de diciembre de 2015, a las 10h46, y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario y público; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación "...es el carácter eminentemente formalista de este recurso, que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo" (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, y, la reparación, por la justicia del caso concreto, de los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo entiende en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y la consecuente respuesta motivada y justa, Arts. 1 y 75 de la Constitución de la República). La visión actual de la casación le reconoce una triple finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, proyectados por la salvaguarda del derecho objetivo, la unificación jurisprudencial, y, la tutela de los derechos de los sujetos procesales. Cabe la compatibilización de estas tres finalidades una en función de las otras, pues debe funcionar en forma subordinada y armónica sin prevalencia de una respecto de la otras. La casación es recurso riguroso, ocasionalmente restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.- **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1. PRIMER Y ÚNICO CARGO ADMITIDO, CAUSAL PRIMERA: 5.1.1.** Por este error in judicando se imputa al fallo impugnado violación directa de normas de derecho sustantivo y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, por su aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento concurre cuando: 1.- El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido, por absoluto desconocimiento de la misma o por ignorar el rango o preferencia que tiene en relación con otras, por ignorancia acerca de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. 2.- Por aplicación indebida, por el error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma y al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de

diagnosis jurídica), puede también surgir el error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; y, 3.- El juzgador incurre en yerro de hermenéutica, de interpretación jurídica, al errar acerca del contenido de la norma, "... del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador y de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de la leyes" (Manuel de la Plaza, la Casación Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 218). Con la sentencia se convierte, en el caso específico, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que contiene la ley. La sentencia es decisión y como tal el resultado del razonamiento o juicio del juez, en la que existen premisas y conclusión. La sentencia contiene un mandato con fuerza impositiva que vincula y obliga; convierte por tanto la regla general contenida en la ley en mandato concreto para el caso determinado. Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes. La sentencia viene a ser "... el acto jurídico procesal emanado del juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones recíprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura" (Aldo Bacre, Teoría General del Proceso, Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, p. 146). La sentencia constituye fuente reguladora de la situación jurídica controvertida, la que en cuanto manifestación trascendete del ejercicio jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por terceros. En este acto procesal el juez aplica la norma sustancial que regula el caso controvertido, norma que, clásicamente, se la entendió como la que señala y define los derechos subjetivos, reales y personales, y precisa las obligaciones de las personas. Las normas de derecho sustancial, es decir, aquellas que proveen al sujeto de una pauta de conducta determinada, a las que Hart las llama primarias (H. L. A. Hart, El concepto de derecho, Editora Nacional, México D.F. 1980, p. 101), son creadas en la expectativa optimista de que van a ser cumplidas espontáneamente. Tienen este carácter "...las que, frente a la situación fáctica en ellas contempladas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes implicadas en la hipótesis legal" (Jorge Cardoso Isaza, Manual Práctico de Casación Civil, Temis Bogotá 1984, p. 106). Para que pueda alegarse la causal primera como motivo de casación, es necesario que las normas que se dicen infringidas tengan esa naturaleza, pues si no son sustanciales las que se dicen quebrantadas, no puede concurrir el motivo primero de casación. El juez, a fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación; si encuentra que los hechos y la relación jurídica sustancial conflictiva encajan, subsume en el supuesto de hecho de la norma y entonces aplica su efecto jurídico. Por ello que la doctrina alemana, refiriéndose al error que se comete al aplicar a los hechos una regla que no corresponde, lo llama defecto de subsunción y que actúa "... cuando se llega a una defectuosa calificación de los hechos a los que se les hace jugar una disposición que no se identifica con su verdadera esencia; sea porque su supuesto legal es otro, o porque se prescinde de esgrimir la regla que conviene a su contenido" (Juan Carlos Hitters, ibídem, p. 273). Cabe puntualizar que es el juzgador el que busca la norma sustituyendo a las partes que no llegan o no pueden adecuarse espontáneamente al orden jurídico, sustitución que va encuadrada "... desde un punto de vista sistemático, en una relación de supremacía y no en una relación de mera suplencia, supremacía que encuentra su propia justificación estructural en la potestad jurisdiccional de la cual el juez está investido" (Ferruccio Tommaseo, citado por Juan José Monroy Palacios, La tutela procesal de los derechos, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 114).- **5.1.2.** En el caso in examine el recurrente puntualiza que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil y Art. 164 del Código de Comercio en razón de que: "En el considerando Tercero, los señores jueces de la sala especializada establecen, entre otras cosas, que el demandado suscribió un convenio para la emisión de la tarjeta de crédito Mastercard, al efecto hacemos notar que con dicho contrato el actor ha comprobado la relación crediticia origen de la obligación pretendida. En base a la relación contractual, se le emitió la tarjeta de crédito con el objeto de obtener de los establecimientos afiliados

a este sistema de servicios, bienes de consumo, mercadería en general y avances de dinero en efectivo, los mismos que conforme lo pactado se evidenciarán mediante estados de cuenta que serían enviados periódicamente al tarjetahabiente para su revisión y aprobación... tales estados de cuenta son prueba fahacientes de la relación contractual y de la deuda que mantiene el demandado, por lo cual, de ninguna manera la Sala Civil del Guayas podía desconocer arbitrariamente esa relación jurídica entre las partes, dictando una ilegal sentencia que inaplica e inobserva normas legales y normas procesales, desconociendo y haciendo caso omiso de la voluntad de las partes en perjuicio de la Corporación Financiera Nacional única accionista del Banco del Pacífico S.A. ... La falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por parte de los señores jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, perjudica enormemente los intereses de mi representada... Queda evidenciado que conforme al contrato que es ley para las partes, el demandado Jorge Enrique Zurita Mora, aceptó y dio su conformidad plena a los estados de cuenta y más aún cuando no fueron impugnados en la etapa de prueba ni objetados en su legitimidad... al haber la Sala Especializada Civil del Guayas confirmado la sentencia que declaró sin lugar la demanda, basada en quien certifica los estados de cuenta no está autorizado para ello, la Sala omitió aplicar las normas legales de los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil". **5.1.3.** La obligación es una especie del deber jurídico, pues toda obligación es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación. El deber jurídico es: "La necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho ya en favor de la colectividad ya de persona determinada" (Ernesto Gutiérrez y González en Víctor Cevallos Vásquez, Contratos Civiles y Mercantiles. Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, p. 33). Se define a la obligación como el vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio de otra. Entre los elementos de las obligaciones son dos los sujetos de aquella: acreedor, que es el sujeto activo de la relación, con potestad para exigir una prestación; y, deudor, que es el sujeto pasivo al que le corresponde el deber de cumplir la prestación. El contrato, una modalidad de convención, crea o transfiere derechos y obligaciones, o dicho en otras palabras, genera obligaciones que se traducen o catalogan como derechos personales o créditos. "Si el acuerdo o concurso de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de contrato. Podemos definirlo como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones" (Arturo Alessandri Rodríguez, De los Contratos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (sin año de la edición) pp. 4 y 5). En materia contractual, la voluntad es soberana, es ella la que los genera. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es ese acuerdo el que, salvas ciertas restricciones por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. Los contratos pueden clasificarse en diversas formas, según sea el aspecto desde el cual se les considere, entre ellas el contrato de adhesión. Si bien el Código Civil en su Libro IV De las Obligaciones en General y de los Contratos no lo contempla, no por eso dejan de corresponder a la realidad por las consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden. El contrato de adhesión consiste en: "... el consentimiento que da un sujeto para ser sometido a las cláusulas de una convención y en consecuencia significa el acto de aceptación de reglas contractuales sin discusión sobre su validez. En la doctrina de los contratos de adhesión, se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas principales del contrato, por imposición de una de la partes y sin que se haga lugar a una discusión de su contenido ni quepa la posibilidad de discutirlo" (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1954, p. 469). Los contratos de adhesión, en cuanto el contenido de las cláusulas contractuales es redactado por una de las partes, sin la participación de la otra, "Su característica es la ausencia de negociaciones preliminares entre los contratantes… uno de ellos impone 'la ley del contrato' al otro, cuyo único papel es aceptarla o rechazarla. El contratante a quien se le propone el contrato se limita a adherir a las condiciones ofrecidas, que, de ordinario se hallan consignadas en formularios impresos de tipo uniforme, sin poder eliminar ninguna y, a veces, sin siquiera conocerlas" (Arturo Alessandri. op. cit. p. 40).- **5.1.4.** Los contratos de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

tarjeta son contratos de adhesión a los que se aplica la doctrina relativa a su interpretación y ejecución. Se consolidan al amparo del principio de autonomía de la voluntad. "La relación jurídica contractual que nace entre el emisor y el titular de la tarjeta de crédito se ampara en un contrato denominado de emisión de tarjeta. En su virtud, el emisor concede al titular la facultad de disfrutar de diversos servicios, principalmente financieros, la mayoría de los cuales se activan o utilizan mediante un instrumento denominado tarjeta de pago" (Carles Barutel Manaut, Las Tarjetas de Pago y Crédito, Editorial BOSCH S.A. Barcelona-España, 1997, p. 304). Es un contrato complejo de características propias que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en un plazo dado por esta última, la que se hará cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos. Cuando el titular de la tarjeta de crédito financiera la presenta para obtener la prestación de bienes, servicios, dinero o financiación por un lapso pactado, lo consigue porque dispone del crédito, al exhibir un documento de presentación con el que demuestra que es titular legítimo y competente para hacer valer con eficacia el crédito incorporado, previa su identificación, bien entendido que los bienes y servicios adquiridos los consigue sin pagar suma alguna en el momento de obtenerlos, no de la entidad financiera sino de los productores o intermediarios adheridos y de acuerdo con "... un negocio jurídico bilateral prexistente celebrado entre la entidad financiera y los obligados a la prestación, negocio jurídico subyacente, básico o fundamental, como el celebrado por el titular de la tarjeta de crédito con la entidad financiera, del cual trae causa la tarjeta de crédito, pero que no es la causa fuente del título o documento probatorio y legitimante, sino la declaración unilateral del contenido volutivo vinculante y recepticia dirigida a persona cierta, de la entidad financiera que crea y emite la tarjeta de crédito, y si es esto cierto, no cabe duda de que se aprecia la existencia de un negocio jurídico unilateral financiero, distinto de los negocios básicos, fundamentales y subyacentes celebrados entre la entidad financiera y el tenedor de la tarjeta de crédito, y aquella y el proveedor de bienes y servicios" (Luis Muñoz, Contratos y Negocios Jurídicos Financieros, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires-Argentina, 1981, pp. 729 y 730). **5.1.5.** En el caso sub lite, el recurrente asegura que existe falta de aplicación de los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, respecto del fallo dictado por los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que confirma la sentencia venida en grado que declara sin lugar la demanda, por cuanto: "...perjudica los intereses de mi representada, ya que consta un convenio de emisión de la tarjeta MasterCard, cuya autenticidad no ha sido impugnada en su legitimidad, ni enervada por la accionada; y, por consiguiente obliga a las partes en los términos y condiciones que se encuentran en el reverso del documento Convenio para la Emisión y Uso de la Tarjeta de Crédito Mastercard, el mismo que corre de autos, y que está firmado por el ahora demandado en señal de aceptación...". En la especie no cabe duda que existe un contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito MasterCard celebrado entre Pacificard S.A., hoy Banco del Pacífico S.A. y el señor Jorge Enrique Zurita Mora y cuyo objeto fue poner en manos del usuario una disponibilidad de crédito para ser utilizada con determinados fines, adquisición de bienes de consumo, mercadería en general, avances en efectivo, entre otros. Sin embargo en este punto es necesario hacer la distinción entre el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones que nacen del contrato. El objeto del contrato es crear obligaciones a cargo de cada una de las partes, obligaciones que se entienden como "El vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en provecho de otra" (Guillermo Ospina Fernández en Hernando Sarmiento Ricaurte, La Tarjeta de Crédito, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1973, p. 51). Además, el objeto de estas obligaciones son las prestaciones que cada una de las partes debe realizar en beneficio recíproco; prestaciones que pueden ser: de dar, hacer o no hacer. Fue de obligación de la entidad financiera demandante, conforme el Art. 18.6 del Reglamento para el funcionamiento de las operaciones de las compañías emisoras u administradoras de tarjetas de crédito y de los departamentos de tarjetas de crédito de las instituciones financieras (Superintendencia de Bancos, Resolución No. SB-JB-96-0083, R.O.

No. 9 de 22 de agosto de 1996) que dispone que la Institución autorizada deberá entregar mensualmente al tarjetahabiente, en forma física, el estado de cuenta de su tarjeta de crédito mismo que contendrá obligatoriamente al menos la siguiente información: "Detalle pormenorizado de los consumos en moneda nacional o moneda extranjera especificando su fecha de realización, número de la nota de cargo, nombre del establecimiento afiliado e importe, tipo de cambio, de ser el caso". En la especie, la parte actora adjunta a la demanda los estados de cuenta en donde únicamente se hace constar el monto total adeudado por el demandado, sin detallar o precisar de manera pormenorizada conforme lo exige la norma citada el importe de los bienes y servicios adquiridos por el tarjetahabiente. No afecta, por lo comentado, al fallo impugnado la no aplicación de las normas de derecho alegada por el recurrente, pues su incumplimiento de esas exigencias antes puntualizadas torna improcedente su demanda y recurso. Además cabe puntualizar que el casacionista de modo expreso aduce existir falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba en la sentencia de última instancia. Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se acusa la violación directa de ley sustantiva, por lo que no cabe ninguna consideración respecto de los hechos ni hay lugar a análisis probatorio de la clase que fuere, pues se parte del entendido de la correcta estimación de ambos realizada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia. Le corresponde a este Tribunal de Casación, en el ámbito de la causal primera, velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales y no revisar una vez más las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en los grados del juicio. La necesaria consecuencia es desechar el cargo.- **6. DECISIÓN:** Este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no casa la sentencia proferida por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 16 de julio de 2015, a las 09h27. Sin costas ni multas. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Beatriz Suárez Armijos, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

III

Resolución nro. 131-2016
Juicio nro. 538-2015

Juicio por terminación de contrato de Asociación en cuentas de participación iniciado por Construcciones Pérez Valencia S.A., a través de Lucio Ramiro Pérez Yánez en su calidad de Gerente General y representante legal, contra Transportes de Materiales de Construcción TRANSMACOSA CÍA. LTDA., en la persona de Héctor Manuel Freire Vasco, Gerente y representante legal

SÍNTESIS

El actor manifiesta que existió un contrato de asociación entre las partes, sin embargo la empresa demandada no cumplió su parte, por lo que no se pudo iniciar la explotación minera para la cual se asociaron. El actor no logra justificar en qué consiste el incumplimiento; así como tampoco que haya realizado trabajos, o si cumplió con el aporte de sus obligaciones, por lo que, acogiendo el axioma " la mora purga la mora" se desecha la demanda. La sentencia de apelación concluye que la Asociación no puede subsistir, por lo que acepta el recurso, revoca el fallo, acepta parcialmente y declara disuelta la Asociación y dispone que en cuerda separada se proceda a la liquidación de las operaciones anteriores a esta sentencia. La compañía actora presenta recurso de casación, fundamentado en las causales cuarta y quinta. El Tribunal observa que la sentencia estuvo debidamente motivada. Agrega que la resolución del contrato es típica de contratos bilaterales y solo en casos de incumplimiento culposo. El actor no logra demostrar el incumplimiento culposo por parte de la demandada; por lo que se desecha el cargo. Para que en los contratos bilaterales un contratante quede constituido en mora, es imprescindible que el otro cumpla o se allane a cumplir, lo cual no ha ocurrido. Por lo expuesto, no casa la sentencia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 538-2015

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.
Quito, viernes, 24 de junio de 2016, a las 10h10.- **VISTOS.-** (538 - 2015): **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 01 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes para conocer de esta causa, en los términos de los Arts. 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Integra el Tribunal la señora Conjueza Nacional, Dra. Beatriz Suárez Armijos, en subrogación del Dr. Wilson Andino Reinoso, en mérito del oficio No. 0827-SG-CNJ-MBZ de 15 de junio de 2016, suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia.- **2. ANTECEDENTES:** Sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación activado por Lucio Ramiro Pérez Yánez, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía Construcciones Pérez Valencia S.A., contra la sentencia proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la causa ordinaria por terminación de contrato, propuesta por el ahora recurrente contra TRANSPORTE DE MATERIALES DE

CONSTRUCCIÓN TRANSMACOSA CIA. LTDA., el 21 de agosto de 2014, las 08h52, y petición de aclaración proferida el 4 de noviembre de 2014, las 10h06, que acepta el recurso de apelación, se revoca el fallo recurrido, y se admite parcialmente la demanda, declarando disuelta la asociación cuentas en participación conformada entre las compañías Construcciones Pérez Valencia S.A. y Transporte de Materiales de Construcción Transmacosa Cía. Ltda., disponiendo se proceda a la liquidación comprendiendo el inventario y la partición.- **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista aduce que en el fallo que impugna se han infringido las normas constitucionales contenidas en el Art. 76.7. l. de la Constitución de la República del Ecuador, Arts. 1500, 1505, 1551, 1553, 1554, 1561, 1562, 1567 numeral 2 y 1961 del Código Civil, Arts. 269, 273, 274, 276 y 280 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 19, 23, 27, 129.3, 130.4 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial. Fundamenta el recurso en las causales cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Uno de los señores Conjueces de esta Sala Especializada lo admitió a trámite en auto de 18 de enero de 2016, las 12h13, y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: 4.1.** La casación es un medio de impugnación extraordinario y público; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación "...es el carácter eminentemente formalista de este recurso, que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo" (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, y, la reparación, por la justicia del caso concreto, de los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo entiende en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y la consecuente respuesta motivada y justa, Arts. 1 y 75 de la Constitución de la República). La visión actual de la casación le reconoce una triple finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, proyectados por salvaguarda del derecho objetivo, la unificación jurisprudencial, y, la tutela de los derechos de los sujetos procesales. Cabe la compatibilización de estas tres finalidades una en función de las otras, pues debe funcionar en forma subordinada y armónica, sin prevalencia de una respecto de la otras. La casación es recurso riguroso, ocasionalmente restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.- **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1. PRIMER CARGO, NORMAS CONSTITUCIONALES:** Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, norma suprema del Estado y fuente fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, a la cual ha de ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional y las actuaciones de jueces, autoridades públicas y ciudadanos. No basta con alegar que se ha violado, in genere, un derecho fundamental, sino que debe expresarse en forma concreta y precisa la manera como ha ocurrido. En la especie, el recurrente incurre en ese defecto. A pesar de ella este Tribunal precisa que, la Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías de los derechos de protección, prevé: Art. 76.7.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". **5.1.1.** Su ubicación, dentro de la parte dogmática e integrada a las garantías procesales como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio, connota que protege un derecho fundamental de inexcusable observancia en toda resolución, administrativa o judicial, en que se decida derechos y obligaciones. La motivación es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva y los recursos. Es derecho de carácter público y naturaleza subjetiva desde que son titulares todos quienes acceden a los tribunales y órganos de la administración pública en procura de la tutela judicial de sus intereses, y además es deber porque es vinculante para los administradores de justicia y autoridades de la administración, en cuanto la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad a través del proceso intelectual que lleva a resolver en determinado sentido. La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de la motivación, en cuanto explicación de lo hecho o resuelto con motivo o suficiente razón. Fernando de la Rúa dice de la motivación de la sentencia que "Constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión" (Teoría General del Proceso. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 46). La motivación es elemento fundamental en el control de la arbitrariedad, en efecto, ella sirve para justificar y rendir cuentas de los razonamientos y de la lógica formal por los que se ha llegado a la resolución, "...sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y fuerza" (Piero Calamandrei, citado por Guash Fernández, El Hecho y el Derecho en la Casación Civil, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 450). El Código de Procedimiento Civil, Art. 280, prevé, "En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión...". El precepto procesal se refiere, como se ve, al contenido de la motivación. La doctrina al respecto señala que una adecuada motivación de la sentencia debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica (Fernando de la Rúa, op. cit., p. 150). Expresa, pues que el juez no puede omitir la motivación remitiéndose a otras resoluciones o a constancias del proceso, el juzgador está en la obligación de señalar las razones por las que decide; al respecto, el Art. 276 inciso segundo del Código citado advierte "No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia por la mera referencia a un fallo anterior". Clara, en cuanto el razonamiento del juzgador no este expresado en forma ambigua ni anfibológica. Ese razonamiento debe ser comprensible a fin de que se lo pueda examinar e impugnar. Completa, porque debe abarcar los hechos y el derecho. En cuanto a los hechos se debe considerar las pruebas introducidas en el proceso, mencionándolas expresamente y sometiéndolas a la valoración crítica. El juzgador debe establecer las conclusiones de hecho, lo que a su vez atañe la fundamentación en derecho pues que así vendrá a consistir la base de aplicación de la norma. Cabe tener presente que las reglas jurídicas por lo general son hipotéticas, esto es, establecen un presupuesto de hecho, determinan una relación de causa-efecto, y, fijan la obligación o sanción consecuentes. Los hechos son el sustento de la aplicación normativa por el proceso de subsunción, por ello que para motivar la sentencia en aquellos el juzgador debe demostrarlos, para sustentarla en derecho debe describirlos y justificar en el texto legal la conclusión jurídica. Legítima, porque la motivación debe sustentarse en pruebas válidamente actuadas; si la sentencia se apoya en prueba viciada y que no se haya subsanado el vicio invalidante, estará defectuosamente motivada, como igualmente acontece si se sirve de pruebas que no han sido incorporadas al proceso (invención), que no han respetado el principio de contradicción o se sirve el juez de su conocimiento personal u omite la consideración de prueba esencial incorporada de modo legal al expediente (preterición). Lógica, en cuanto el juzgador debe seguir un proceso secuencial en el iter de su razonamiento observando las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia (las reglas de la sana crítica). La motivación es operación lógica que se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

sustenta en la certeza por lo que el juez debe observar los principios o reglas fundamentales del pensamiento que son de la coherencia y la derivación así como los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. La coherencia de los pensamientos conlleva la concordancia entre sus elementos; en tanto que por la derivación, cada pensamiento proviene de otro con el cual está relacionado, con la excepción de que se trate de un principio, es decir de un juicio que no es derivado sino el punto de partida para otros. De la regla fundamental de la coherencia se establecen los principios formales del pensamiento: 1) De identidad, si en un juicio el concepto-sujeto es idéntico, total o parcial, al concepto-predicado, es necesariamente verdadero. 2) De contradicción, dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos. 3) Del tercero excluido, dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, pues uno de ellas es verdadero; y, 4) De la razón suficiente, todo juicio, para ser verdadero, requiere de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o se niega, con la pretensión de que sea verdad. La motivación para ser lógica debe tener las características de coherencia (las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben guardar relación y concordancia entre sí), no contradicción (no cabe emplear en el razonamiento juicios contrastantes entre sí, que al oponerse, se anulan) y, además, debe ser inequívoca (los elementos del raciocinio no deben dar lugar a dudas respecto de su alcance, significado y conclusiones). La Corte Constitucional en referencia a la motivación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, expresa que, "... constituye una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas... la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir que sea fundada en los principios constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión, y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje. Por lo expuesto, no hay duda que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas deriva tanto del derecho al debido proceso, como de la esencia de la actividad jurisdiccional en donde prevalecen principios como la independencia e imparcialidad de los jueces. El incluir la garantía de la motivación de las resoluciones dentro del derecho al debido proceso constitucional, procura garantizar que toda actuación judicial sea justificada dentro de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, pues solo así la decisión judicial alcanzará un sentido de justicia" (Sentencia No. 092-13-SEP-CC, de 30 de octubre de 2013. R.O.S. No. 130 de 25 de noviembre de 2013). Son fines de la motivación: 1) Garantizar el control democrático difuso sobre los fundamentos y legalidad de la decisión, 2) Que responda a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, 3) Que los sujetos procesales tengan la información necesaria para impugnar la decisión, 4) Que el Tribunal de Casación cuente con la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho, y, 5) En cuanto evidencia que su razón de ser es la aplicación razonada de las normas que se consideran pertinentes al caso y que den suficiente sustento a la decisión adoptada. Se puntualiza que la motivación de la sentencia es el canal de su legitimación. Toda impugnación supone una crítica contra lo decidido, lo que resulta imposible cuando no se conocen las razones en que se funda. La sentencia recurrida cumple con los fines de la motivación por lo que se desestima la acusación. **5.2. SEGUNDO CARGO, CAUSAL QUINTA: 5.2.1.** Corresponde analizar como segundo cargo la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Sostiene el casacionista que la sentencia recurrida "...en el numeral 8 del fallo que motiva este recurso, en una evidente aplicación indebida de los Arts. 280 del Código de Procedimiento Civil y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, se ha procedido a suplir una supuesta omisión de derecho, al encasillar ilegalmente al contrato de asociación o cuentas en participación celebrado entre mi representada con la Compañía demandada, dentro del ámbito determinado en el Art. 1961 del Código Civil, que trata sobre la sociedad de hecho, que es diametralmente opuesto a la naturaleza del contrato celebrado, que basa su existencia jurídica en el último inciso del Art. 2 de la Ley de Compañías. Del mismo modo, en el numeral 9 del fallo materia del presente recurso, se cita el contenido del Art. 423 de la Ley de Compañías y algunos criterios doctrinarios para determinar las particularidades de la sociedad accidental o de cuentas en participación y el tratamiento que ha de darse durante su existencia jurídica. Más, en el presente

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

caso, pese a la existencia del contrato, jamás empezó a regir el mismo de acuerdo con el objeto social convenido, en virtud de que la Compañía demandada, previa a la ejecución del objeto social pactado en el contrato, debía cumplir con los compromisos y aportes acordados en la cláusula quinta del contrato y ante la renuncia en el cumplimiento de lo convenid, mi representada conforme a derecho con la acción de resolución o terminación de contrato, la misma que tiene pleno sustento en lo dispuesto en los Arts. 1505 y 1554 del Código Civil. En cuanto a lo señalado en el numeral 10 del fallo que motiva este recurso, coincide con los señalamientos expuestos en los antecedentes de la causal cuarta de este recurso, pero que al ser comparado con la parte resolutiva del fallo, existe un divorcio total entre lo señalado en dicho numeral, con la parte resolutiva o decisoria del fallo (sic). No cabía que se haya declarado erróneamente 'la disolución de la asociación o cuentas en participación conformada entre mi representada y la compañía demandada y peor que se haya dispuesto que en cuaderno separado se proceda a la liquidación de las operaciones anteriores a esta sentencia, que comprenderá el inventario y la partición', en lugar de declararse la terminación o resolución del contrato, que en definitiva constituye el único punto sobre el que se trabó la litis, constituyendo una decisión contradictoria, incompatible y atentatoria al principio dispositivo consagrado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial". **5.2.2.** El Art. 3 de la Ley de Casación prevé que el recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: "... 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles". El precepto transcrito establece defectos en la estructura del fallo en cuanto incumple los requisitos exigidos por la ley, y evidencia la contradicción o incompatibilidad en su parte dispositiva. La contradicción debe ser de tal naturaleza que haga imposible el cumplimiento del fallo por excluirse las decisiones entre sí. "...la causal requiere que en la parte resolutiva de la sentencia aparezcan disposiciones o declaraciones contrarias, o que hagan imposible la operancia simultánea de ellas, como si una afirma y la otra niega, una decreta la resolución del contrato y otra el cumplimiento, o una ordena la reivindicación y otra declara la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y otra el pago.... es natural que la contradicción deba encontrarse en la parte resolutiva, como dice la ley, pues las contradicciones en la parte motiva carecen de incidencia, porque lo que obliga de las providencias judiciales es la resolución" (Hernando Morales Molina, Técnica de casación civil, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1983, p. 196). La razón o fundamento de esta causal se encuentra en el hecho de que la contradicción en las resoluciones de la sentencia hace imposible la ejecución simultánea de todas ellas. En efecto, "¿No es antitético acaso reconocer la existencia de una obligación y condenar por lo tanto al demandado a satisfacerla, con el reconocimiento simultáneo de inexistencia de esa misma obligación y la consecuencial liberación del deudor?. Ante mi mente no aparece ni el menor asomo de duda que impida respuesta afirmativa al interrogante. Porque en eventos como el presente el juez ha querido y no querido al mismo tiempo, o sea, que coetáneamente ha establecido la certeza de la existencia de dos voluntades concretas de ley que recíprocamente se anulan o extinguen en la práctica: no es posible ejecutar una obligación que se ha declarado extinguida por prescripción, y al mismo tiempo liberar al deudor que judicialmente, en la misma sentencia, se ha condenado a pagarla en cantidad y plaza determinados" (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 545). El mismo autor, puntualizando la trascendencia de las contradicciones señala: "...no basta que haya entre las disposiciones del mismo fallo una contradicción cualquiera, sino que deben presentar una incompatibilidad de tal envergadura, tan absoluta y notoria que no sea factible saber cuál es el genuino mandata jurisdiccional que debe ser objeto de cumplimiento, que no se trata de meras imprecisiones, alguna de las cuales obedecen a un simple lapsus calami" (op. cit. p. 545).- **5.2.3.** El Art. 274 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal" y el Art. 278 ejusdem, prescribe: "En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión..." El recurrente en su argumentación no debe trastocar la indispensable autonomía o

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

segmentación que debe existir entre cada una de las causales de casación invocadas; así como le corresponde efectuar la identificación precisa y exacta de la norma o normas de derecho que se alegan infringidas e incorporar la fundamentación que se adapta eficientemente al caso concreto, diferenciándolas equilibradamente unas de otras, a fin de conducir al tribunal de casación a detectar la probable inconsistencia que se alega existir en el fallo. "La argumentación debe hacerse con sindéresis, con lógica (...). Si, por ejemplo, una sentencia tiene dos fundamentos de derecho llamados A y B, la argumentación debe estar dirigida contra ambos motivos. Si sólo se ataca uno de los fundamentos, digamos A., y el fallo se puede sostener solo por B., la fundamentación será deficiente, incompleta y diminuta, y por tanto el recurso improcedente. Que objeto tendría analizar un aspecto de derecho de la sentencia, si el otro que es suficiente para sostenerla ha sido consentido" (Manuel Sánchez-Palacios Paiva. El Recurso de Casación Civil. Cuarta edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2009. p. 227).- **5.2.4.** El recurrente afirma que: "... se ha procedido a suplir una supuesta omisión de derecho, al encasillar ilegalmente el contrato de asociación o cuentas en participación celebrado entre mi representada con la Compañía demandada, dentro del ámbito determinado en el Art. 1961 del Código Civil, que trata sobre la sociedad de hecho, que es diametralmente opuesto a la naturaleza del contrato celebrado, que basa su existencia jurídica en el último inciso del Art. 2 de la Ley de Compañías". Una de las diferencias esenciales entre una sociedad civil y una sociedad comercial estriba en la forma de constitución. Las sociedades comerciales exigen invariablemente una escritura pública y la inscripción en el registro correspondiente. En cambio, la formación de sociedades civiles no exige escritura pública, lo que implica que puede constituirse mediante documento privado. "La Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios de que ellos provengan..." Art. 1957 del Código Civil. Entre las especies de Compañías de comercio la Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación, Art. 2 de la Codificación de la Ley de Compañías. La asociación en participación "...es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio. Puede también tener lugar en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes", Art. 423 ibídem. Estas asociaciones "...están exentas de las formalidades establecidas para las compañías. A falta de contrato por escritura pública, se pueden probar por los demás medias admitidos por la ley mercantil...", Art. 428 ejusdem. El reconocimiento que la propia ley hace respecto de la compañía accidental o cuentas en participación al encontrarse exenta de las formalidades establecidas para las compañías, la clasifica de acuerdo con su naturaleza en una sociedad civil. La razón de ella se basa en no tener personalidad jurídica ni patrimonio propio e independiente de las asociadas. La sociedad puede morir antes de nacer legalmente si los socios solidarios o administradores no han dado cumplimiento a la obligación convenida en el contrato. La sociedad que se rige como un contrato de derecho civil puede disolverse entre otros eventos: "Si alguno de los socios falta, por su hecho o culpa, a la promesa de poner en común las cosas a la que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar por disuelta la sociedad" Art. 2005 del Código Civil. "La disolución, entendida como la circunstancia en cuya virtud la sociedad se extingue y entra en la etapa de liquidación, asume varias modalidades entre ellas: i) La parcial, que solo atañe a uno o varios socios, sin que implique la de la sociedad que continúa, por tanto su existencia legal, y ocurre, entre otras causas, por no efectuar el aporte..." (Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo V, Procesos de Liquidación, Segunda Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia, 2004, p. 102). La disolución no supone la extinción inmediata de la sociedad sino su tránsito a su liquidación. "La disolución es voluntaria cuando resulta del acuerdo de los socios; es judicial cuando se produce por la declaración del juez a quien se ha sometido la decisión del pleito" (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, p. 973). La resolución del contrato alegada por el recurrente es ajena a la figura legal celebrada entre las partes, la resolución "...es una vicisitud extintiva que priva de eficacia a un negocio jurídico, con efecto retroactivo, y opera de manera automática o por voluntad unilateral de uno de los contratantes, ante el acaecimiento de un hecho sobreviniente previsto en la ley o en el mismo contrato. La

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

resolución actúa -en principio- hacia el pasado, retrotrayendo las cosas a su estado anterior a la celebración del negocio jurídico..." (Héctor Lafaille, Alberto J. Bueres, Jorge A. Mayo, Derecho Civil. Contratos, Tomo II, 2da Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Ediar, 2009, Buenos Aires-Argentina, p. 445). La resolución del contrato es típica de los contratos bilaterales y sólo para cosas de incumplimiento culposo. En la especie, el actor no ha logrado demostrar como en efecto consta de fojas 9 - 40 del cuaderno de primera instancia el incumplimiento culposo por la parte demandada en cuanto a volumen de trabajos realizados, instalaciones, acceso construido, precio actual de la obra, materia de la presente acción. En tal virtud al ser imprecisa la alegación del casacionista se desecha esta imputación. Son claros, precisos, los conceptos jurídicos que sostienen la construcción legal en que se asienta la sentencia de mérito impugnada y como lo dispone el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil. Es decir pone de manifiesto las razones para decidir obedeciendo así al legítimo interés de los justiciables y de la comunidad en conocerlas. Cumple, de este modo con los fines de la motivación: i) Garantizar el control democrático difuso sobre los fundamentos y legalidad de la decisión; ii) Que se pueda demostrar que la decisión judicial responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho; iii) Que las partes tengan la información necesaria para recurrir de la decisión; y, iv) Que los tribunales jerárquicamente superiores tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.- **5.3. TERCER CARGO: CAUSAL CUARTA: 5.3.1.** El Art. 3, causal cuarta de la Ley de Casación señala: "EI recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: ...Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia de litigio u omisión de resolver en ella todos los puntas de la litis". Manifiesta el censor respecto de esta causal: "Las partes recurrimos a la celebración de este contrato debido a la corta duración de su objeto o finalidad social, esto es, emprender actividades de explotación de materiales de construcción y transporte de los mismos, pero que tiene pleno asidero legal y existencia jurídica en el último inciso del Art. 2 y Sección 15a de la Codificación de la Ley de Compañías en vigencia, por lo que dicho contrato constituye ley para las partes al tenor de lo previsto en el citado Art. 1561. Pese a que en el referido contrato no se estipularon los plazos para que las partes cumplamos con los compromisos y aportes convenidos, imperativamente quedamos sometidos a la aplicación del numeral 3 del Art. 1567 del Código Civil, esto es ser reconvenidos recíprocamente en cualquier tiempo, para la eficacia y ejecución del objeto social acordado (sic). Mi representada con fundamento en los Arts. 1500, 1505, 1554, 1561, 1567 numeral 3 del Código Civil demando la resolución del contrato en referencia y en sentencia se le condene a la compañía incumplida: Al pago de la totalidad de los valores invertidos de por parte de mi representada (sic). Los Jueces del Tribunal de la Sala Única de lo Civil y Mercantil, aceptaron el recurso de apelación 'declarando disuelta la sociedad o cuentas en participación...disponiendo que en cuaderno separado se proceda a la liquidación de las operaciones anteriores a esta sentencia...' lo cual constituye un error judicial o yerro in procedendo, que da origen al evidente vicio de incongruencia en la sentencia, conocido por la doctrina como extra petita, que procede de la incompatibilidad e inconsonancia que resulta al comparar la parte resolutiva del fallo con los asuntos materia de la litis".- **5.3.2.** La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, recoge los vicios de ultra y extra petita, así como el de citra petita o mínima petita mismos que implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo de confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas. Los jueces y tribunales al resolver sobre lo principal deben atenerse a los puntos objeto de la traba de la litis, Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, que son los que determinan el sentido y alcance de pretensión y excepción oportunamente aducidas, es decir la identidad jurídica entre lo que se pide y se resuelve. El principio de congruencia contemplado en el antes citado precepto adjetivo "...consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez. Puede adoptar dos modalidades: la interna y la externa. 1°. La externa –que es la propiamente dicha– se refiere a la concordancia o armonía entre la demanda y la sentencia que se pronuncia sobre ella... 2°. La interna es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia" (Jaime Azula Camacho, Curso de Teoría General del Proceso, Librería Jurídica Wilches,

tercera edición, Bogotá, 1986, p. 93). El defecto de incongruencia resulta de la comparación entre el objeto de la demanda, del petitum, la excepción y la parte dispositiva de la sentencia. "Se configura el vicio de congruencia cuando: a) Ultra petitum, la sentencia excede el contenido de la pretensión u oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes. Se da una agregación oficiosa a los contenidos esenciales del *thema decidendum*: el órgano resuelve todas las cuestiones planteadas pero, además, otra u otras no propuestas; b). Citrapetitum, la que omite considerar y decidir una pretensión, o cualquier petición, alegación o argumento oportunamente propuesto, conducente para la adecuada solución del litigio y que el juzgador no haya desechado implícitamente o hubiera quedado desplazado en virtud del contenido del pronunciamiento; c) Extrapetitum, son las resoluciones que por modificar lo pretendido, haciendo sustituciones en su causa petendi, o en la persona que deduce o contra quien se deduce, o en su objeto inmediato o mediato, termina juzgando una pretensión distinta a la correctamente sometida a decisión. Por ella puede afirmarse que si el demandante modifica, altera o transforma todos, alguno o algunos de los elementos de la pretensión, hay mutación en la demanda, y si esa modificación, transformación o alteración la hace el juez, hay incongruencia extra petita" (Gladis E. De Midón, La Casación, Control de Juicio de Hecho, Rubinzai-Culzoni Editores, Santa Fé, 2001, pp. 391, 427 y 471). Entre las acepciones que de congruencia trae el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, constan "1. Conveniencia, coherencia, relación lógica. 2. Conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio" (Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, p. 382). Aldo Bacre dice que congruencia es la "...conformidad que debe existir entre la sentencia y la o las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición o defensa enarboladas que delimitan ese objeto" (Teoría General del Proceso. Tomo III., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 427). Debe haber conformidad entre sentencia y lo pedido por las partes (en demanda, contestación y reconvención de ambas, inclusive) en cuanto a personas, objeto y causa, desde que no puede apartarse de los términos en que quedó planteada la litis en la relación procesal. En esta línea, Devis Echandía comenta que congruencia "Es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) ...para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensa oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas. Tiene extraordinaria importancia este principio, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho... actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso" (Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, tercera edición, Buenos Aires, 2002, p. 76). Se debe tener en cuenta que, con la contestación a la demanda se integra la relación procesal, lo que conlleva dos efectos fundamentales: a) quedan fijados los sujetos de la relación, actor y demandado, y, b) las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez. El defecto procesal por incongruencia, debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia.-

5.3.3. Manifiesta el recurrente que: "...pese a que el referido contrato no se estipularon los plazos para que las partes cumplamos con los compromisos y aportes convenidos, imperativamente quedamos sometidos a la aplicación del numeral 3 del Art. 1567 del Código Civil; esto es, a ser reconvenidos recíprocamente en cualquier tiempo...". El tercer numeral de esta norma sustancial señala: "EI deudor está en mora: 3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor". Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es necesario que éste, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvención (reconvenir es hacer cargos, formularios, a una persona) exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Tal requerimiento, que puede ser contractual o extracontractual, es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

incumplimiento de la obligación le perjudica. "La manera usual o corriente de hacer esta interpelación, según la ley, es señalando en el contrato un plazo para que el deudor cumpla su obligación. El señalamiento de un plazo importa una interpelación expresa y anticipada y el no cumplimiento de la obligación en ese plazo va a producir un perjuicio al acreedor" (Arturo Alessandri Rodríguez, Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1983, p. 105). La reconvención extracontractual, acto posterior del acreedor, debe ser judicial, "...pues es necesario que el acreedor formule los cargos judicialmente, es decir, exija al deudor el cumplimiento de la obligación por vía judicial" (Arturo Alessandri Rodríguez, op, cit., p. 109). En la especie, si bien el actor reconvino judicialmente el cumplimiento de la obligación ante el Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, no ha logrado demostrar en qué consiste el incumplimiento del referido contrato que afirma se encuentra en mora la parte demandada. Tampoco ha justificado el cumplimiento de sus aportaciones al que estaba obligado en la cláusula quinta del referido contrato. Entre los efectos de la mora, se encuentra el derecho del acreedor para exigir indemnización de perjuicios, efecto fundamental y característico previsto por el Art. 1569.2 del Código Civil. Pero conforme su Art. 1568, para que en los contratos bilaterales uno de los contratantes quede constituido en mora es imprescindible que el otro, por su parte, cumpla o se allane a cumplir lo convenido, lo que no ha ocurrido en ese negocio jurídico. Los Arts. 1500 y 1505 ibídem, no tienen aplicación por las consideraciones antes expuestas. Por tal motivo se desechan los cargos invocados por el censor.- **6. DECISIÓN:** En consecuencia, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia proferida por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 21 de agosto de 2014, las 08h52. Sin costas ni multas. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Beatriz Suárez Armijos, CONJUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IV

Resolución nro. 170-2016
Juicio nro. 666-2015

Juicio ordinario por reivindicación, propuesto por Blanca Alejandrina Sánchez Torres, contra Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel

SÍNTESIS

Dentro del juicio ordinario por reivindicación de inmueble que sigue Blanca Alejandrina Sánchez Torres, contra Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel, acumulando a la acción reivindicatoria propuesta por los antecesores del derecho de la demandante en contra de Verónica Patricia Serrano León, la actora presenta recurso de casación contra la sentencia que aceptó la apelación y declaró sin lugar la demanda, al considerar que existe cosa juzgada, por haberse propuesto por los antecesores del derecho de la actual titular del dominio, en juicio reivindicatorio sobre el mismo inmueble, acción que se declaró sin lugar y cuyos efectos afectan directamente a la demandante. Alega que la sentencia se refiere en forma vaga a la excepción de litis pendencia y a la cosa juzgada, las llega a considerar como sinónimas. Del análisis realizado por el Tribunal, concluye que la sentencia examinada no contiene los requerimientos para que se haya admitido la Litis pendencia; que la acción reivindicatoria propuesta por los herederos de Pintado contra Verónica Patricia Serrano, no procede porque la demandada no es la poseedora del inmueble; que los poseedores son los cónyuges Serrano León, demandados en la segunda causa. En tal virtud, casa la sentencia y emite la de mérito. Existe identidad objetiva, pero no identidad de los sujetos demandados (en el primer proceso se atribuye la posesión a Verónica Patricia Serrano León, en el segundo, a los cónyuges Serrano León), por lo que se desecha la excepción de litis pendencia. Sobre la excepción de prescripción de la acción, no alegada como reconvención, ni justificada, la alegación por simple decurso del tiempo no opera, por lo que se la desecha. Tampoco se configura la cosa juzgada, así como tampoco la falta de derecho de la actora. Por lo expuesto, acepta la acción reivindicatoria propuesta por Blanca Alejandrina Sánchez Torres, y dispone que los demandados Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel, restituyan el inmueble.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 666-2015

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, miércoles 31 de agosto del 2016, las 08h15.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que por reivindicación de un inmueble, sigue Blanca Alejandrina Sánchez Torres en contra de Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel, acumulado a la acción reivindicatoria propuesta por los antecesores del derecho de la demandante en contra de Verónica Patricia Serrano León, la actora, interpone recurso de casación, impugnando la sentencia dictada por los jueces de la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Azuay; la que acepta el recurso de apelación interpuesto por los demandados y declara sin lugar la demanda, al considerar que existe cosa juzgada, por haberse propuesto por los antecesores del derecho de la actual titular del dominio del inmueble un juicio reivindicatorio sobre el mismo

inmueble; acción que se declaró sin lugar y cuyos efectos afectan a la demandante en razón de la inscripción de la demanda en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

Concedido el recurso por el tribunal de instancia, y remitidos los expedientes al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, la Conjueza de esta Sala de lo Civil y Mercantil, en la cual por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, los acepta a trámite, especificando que, la casación se funda en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, con la acusación de falta de requisitos en la sentencia, por inobservancia de lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del artículo 756 de la Constitución de la República.

Efectuado el traslado con el contenido del recurso, y sin contestación al mismo, procede su resolución y para hacerlo este Tribunal considera:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Invocando la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente acusa a la sentencia de vulneración de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República; 8, 108 (numerales 1 y 4) 109 (numerales 2 y 6) 273, 274, 297, y 1000 del Código de Procedimiento Civil.

Alega que la sentencia impugnada no contiene los requisitos de Ley, que esta se refiere en forma vaga e imprecisa a la excepción dilatoria de litis pendencia y a la perentoria de cosa juzgada, a las que llega a considerar como sinónimas, sin determinar la normativa que las regula y las consecuencias jurídicas de cada una de ellas, que para ello señala que se han violado los artículos 1000 y 1001 del Código de Procedimiento Civil; y que, los demandados Mario Rodrigo Serrano y Concepción Lucila León Coronel, opusieron entre otras las excepciones de litis pendencia y cosa juzgada, señalando con respecto a esta que "*... 8. Alega cosa juzgada, porque el título de dominio en el que se basa su posesión y dominio fue objeto de un juicio de nulidad absoluta contra uno de sus antecesores del derecho en cuyo juicio fueron actores los mismos sujetos que aparecen como vendedores en la escritura que se exhibe para demandar*" términos con los cuales se trabó la litis.

Argumenta que la consecuencia lógica de la litispendencia y la acumulación de autos consta en la sentencia de primera instancia que declaró sin lugar la demanda presentada por los hermanos Pintado Sangurima en contra de Verónica Serrano y que declaró con lugar la propuesta por la demandante en contra de Mario Serrano y Concepción López. Que el tribunal de segunda instancia, transgrediendo los principios de congruencia y dispositivo, decide de oficio que la violación del artículo 1000 del Código de Procedimiento Civil acarrea como consecuencia cosa juzgada, excepción no alegada, en los términos que infiere el tribunal, el que, en respeto a los principios de congruencia y dispositivo, establecidos en su orden, en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil; 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 168.6 de la Constitución de la República debió motivar sobre la excepción de litis pendencia, que cosa juzgada no existe en el proceso, ya que las dos demandas se tramitaron concomitantemente, se acumularon, en las dos no existió sentencia anterior, y entre las dos no hay identidad subjetiva y que, por ello, el tribunal olvida lo dispuesto en el artículo 297 del código en referencia, cuyos presupuestos no se advierten en la sentencia impugnada para que pueda hablarse de cosa juzgada, puesto que no existe entre los dos juicios de reivindicación identidad subjetiva (mismas partes) y en ningún de ellos, una sentencia anterior, los dos se acumularon y decidieron al mismo tiempo. Que por violación al artículo 1000, no existe litis pendencia ni nulidad de escritura.

Señala que el primer proceso lo iniciaron sus antecesores en el derecho de propiedad, los hermanos Pintado Sangurima en contra de Verónica Serrano, persona mayor de edad, cuyos derechos son distintos a los de los cónyuges Mario Serrano y Concepción León, contra quienes la recurrente propuso la acción. Asevera que la sentencia dictada en el proceso seguido por los hermanos Pintado Sangurima en contra de Verónica Serrano, no procedió porque ésta no era la poseedora del inmueble, y que la decisión a la que se llega no aprovecha ni perjudica a los demandados Mario Serrano y Concepción León, y que con respecto a la demandante, le deja sin acción contra Verónica Serrano, quien no es la poseedora del inmueble.

Que, el tribunal sin motivar respecto de la excepción presentada, declaró la excepción de cosa juzgada por causa distinta a la alegada, que la supuesta violación de los artículos 1000 y 1001 del Código de Procedimiento Civil no es causa para que operen al mismo tiempo estas dos excepciones contradictorias entre sí. Señala que la excepción de cosa juzgada opuesta por los demandados, se refiere a la existencia de una sentencia anterior ejecutoriada que declaró sin lugar la demanda de nulidad absoluta de escritura deducida por los herederos de Celso Pintado contra Verónica Patricia Serrano

León; herederos que constan como vendedores en la escritura que Blanca Alejandrina Sánchez Torres exhibe para demandar; al respecto sostiene que los jueces están impedidos a pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes a otorgar a dichos hechos alcances distintos a los que las partes les han dado, ni aún con aplicación del principio iura novit curia, porque ello implicaría una innovación en la causa pretendi, que deviene en incongruencia.

Que la naturaleza diversa de estas excepciones las hacen incompatibles, porque para la litis pendencia, no debe haber sentencia sobre lo pretendido, en tanto que para la cosa juzgada es requisito la existencia de una sentencia ejecutoriada con anterioridad a la demanda, y dictada con identidad de objeto, sujeto y causa, pero además se debe considerar la índole del pronunciamiento, si ha sido fallado formalmente o de fondo, pues, si en el fallo no se ha concedido o negado la pretensión, no puede haber cosa juzgada.

Aduce que, *"La cosa juzgada tiene límites objetivos y subjetivos, los primeros se refieren al "thema decidendum", en cuanto a que su fuerza se extienden a las cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada tanto en los fundamentos de la sentencia, como en su parte dispositiva. En cuanto a los límites subjetivos, la cosa juzgada no puede oponerse al que no ha tenido oportunidad de estar en el juicio: res inter alios judicata, aliis nec nocere nec prodesse potest (lo que ha sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a terceros) la resolución se limita a las partes, es cerrada, inmodificable, aun cuando hay excepciones, como en el caso de las obligaciones solidarias o en las sentencias de estado civil que revisten autoridad de cosa juzgada erga omnes".*

Que en tal razón por la inconsistencia e incongruencia en la sentencia deviene en inmotivada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero de 2012; ratificados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 28 de enero de 2015; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Actúan los Doctores Darío Velástegui Enríquez y Óscar Enríquez Villareal, en virtud de los oficios números 1102-SG-CNJ-MBZ de fecha 10 de agosto de 2016, y 1047-SG-CNJ-MBZ de fecha 28 de julio de 2016, respectivamente, por licencia concedida a los titulares.

2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. ¿$i la sentencia impugnada incurre en falta de motivación, y vulnera el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República y los artículos 273, 274, 297 y 1000 del Código de Procedimiento Civil, al no explicar de forma lógica las razones por las cuales acepta la excepción de cosa juzgada, con sustento en hechos diversos a los alegados y al mismo tiempo la excepción de litis pendencia, confundiéndolas entre sí?

3. CRITERIOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

3.1. La Constitución de la República del Ecuador, al configurar las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa, en el artículo 76.7.l) incluye la obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos. La Corte Constitucional para el período de transición, en la sentencia N° 227-012-SEP-CC, caso 1212-11-EP, señaló *"Para que determinada resolución se halle debidamente 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 demostrar como los enunciados normativos se adecuan 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 entre ésta 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."*

3.2. Constituye otra garantía básica del debido proceso el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; la Cosa Juzgada, característica conferida por el ordenamiento jurídico a la sentencia ejecutoriada, en virtud de la cual lo resuelto por un juez, no puede ser revisado por otro, tiene el carácter de inmutable, cuando más allá de la identidad objetiva y subjetiva, la acción se sustenta en la misma causa, razón y derecho, en virtud de lo cual, en aplicación de la garantía constitucional referida, cuando aquella aparezca de manifiesto en un proceso, debe ser declara por el juzgador, de oficio o a petición de parte; para apreciar lo cual, se debe tener en cuenta, no solo la parte

resolutiva del fallo, sino también los fundamentes objetivos del mismo. (artículo 297 del Código de Procedimiento Civil).

3.3. La Litispendencia, es un medio de defensa procesal a través del cual el demandado evidencia que en la misma u otra judicatura se tramita simultáneamente otro proceso de la misma naturaleza, con identidad subjetiva o de personas, y objetiva (objeto litigioso y causa para pedir).

3.4. La acumulación de autos es una solución procesal, que evita se tramiten por separado dos o más procesos que por diversas circunstancias mantienen entre sí conexidad, procede en los casos previstos en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

3.5. 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. Artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.6. La legitimación en causa presupone que quien entabla una acción sea el titular del derecho sometido a la resolución jurisdiccional y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legitimo contradictor). En la acción reivindicatoria, la legitimación en causa consiste, respecto de la parte demandante, conforme a lo dispuesto en los artículos 933 y 937 del Código Civil, que en ésta radique la titularidad del dominio, solo ello le da la aptitud para que, por sentencia de fondo o de mérito, se resuelva si existe o no el derecho subjetivo pretendido; y con respecto a la parte demandada que ésta sea la poseedora, con aptitud para contradecir el derecho reclamado y ser compelido a restituir el bien según lo pretendido en la demanda.

4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1. La recurrente, con sustento en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa a la sentencia de no contener los requisitos exigidos en la Ley, entre ellos el de motivación, previsto en el artículo 76.7.l) de la Constitución y en el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; alega que la sentencia no está motivada, al referirse en forma vaga e imprecisa a la excepción dilatoria de litis pendencia y a la perentoria de cosa juzgada, las que confunden al resolver en forma incongruente y extender los resultados de un proceso a otro por la misma causa pero entre otros contendientes.

4.2. Este Tribunal, siguiendo la concepción constitucional y legal de la motivación, ha señalado en reiteradas ocasiones que, motivar una decisión judicial implica explicar razonadamente el porqué de la aplicación o no de una norma de derecho a la pretensión, las excepciones, los hechos del proceso y la prueba, a través de un argumento justificativo que responda a las reglas de la lógica y la experiencia; que, sea autosuficiente y comprensible, congruente con la pretensión y las excepciones.

4.3. Examinada la sentencia impugnada, se establece que, ésta en un solo momento resuelve la litis en los dos procesos: a) el que por reivindicación siguen los herederos de Celso Abdón Pintado en contra de Verónica Patricia Serrano León; b) el propuesto por la compradora del mismo inmueble Blanca Alejandrina Sánchez Torres, en contra de los cónyuges Serrano León; y, para hacerlo, aplica al segundo de ellos los efectos del artículo 1000 del Código de Procedimiento Civil, (cosa juzgada) generados en el primer juicio, sin explicar cómo opera la identidad subjetiva prevista en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, con respecto a los demandados en el segundo proceso, para que –la cosa juzgada- opere con respecto a ellos, confundiéndola además con la excepción de litis pendencia, que es la que aceptan al señalar en la parte final del considerando QUINTO, literal h) de la sentencia, *"es procedente la excepción sexta de litis pendencia y también el contenido del punto quinto del fundamento de su apelación de los demandados(...)"* cuando además el escrito de apelación de los demandados (fs. 349) se limita a la interposición del recurso y el de concreción (fs. 6 del cuaderno de segunda instancia) no está estructurado por puntos, y más bien, debió dar lugar a que justificada la titularidad del dominio por Blanca Alejandrina Sánchez Torres, y alegado también esto por los demandados Serrano León, se analicen los títulos y el derecho.

4.3.1. El artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a las excepciones, señala: *"Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, coma la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa. o que a ésta se dé otra sustanciación."*: sin nominar expresamente a la litispendencia, cuya aceptación no produce efectos de cosa juzgada, más bien

precautela que, con la tramitación de dos juicios idénticos, se vulnere de alguna forma aquella institución (la de la cosa juzgada). La jurisprudencia, en base a la doctrina respecto de la litispendencia, ha expresado *"Nuestra legislación adjetiva, no establece la existencia de la excepción que en la práctico judicial se la conoce con el nombre de litispendencia, menos puede tratar sobre su amplitud y sentido jurídico; pero los Juzgados y Tribunales, supliendo la omisión y urgidos por lo necesidad de salvar esa laguna, atentas las reglas 6a. y 7a. del art. 18 del Código Civil, ha decidido numerosas ocasiones que para que proceda dicha excepción es indispensable que concurran los requisitos determinados en el numeral 1o. de los arts. 109 y 110 del Código de Procedimiento Civil, es decir que entre los dos juicios exista identidad subjetiva y objetiva, tal como lo prescribe el art. 319 del mismo Código de Procedimiento Civil, es decir que entre los dos juicios exista identidad de personas, cosas y acciones; Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 10. Pág. 1001 (Quito, 19 de Enero de 1956)";* otra sentencia sostiene: *"Sobre la excepción de litis pendencia deducida por PETROCOMERCIAL, se anota: Según el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, la litis pendencia es el hecho de estar pendiente, es decir promovido y sin resolución definitiva, un litigio. Si en este estado se promueve de nuevo el mismo litigio, el demandado tiene derecho a que no se le siga este último juicio, y este derecho constituye la excepción de litis pendencia. Tiene relación íntima con la excepción de la cosa juzgada, cuyas características están determinadas por el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. Por la excepción de cosa juzgada se propone impedir que se siga de nuevo un litigio ya terminado, y por la excepción de litis pendencia impedir que se siga de nuevo un litigio que está pendiente. Para que prospere la excepción de litis pendencia, los dos juicios deben ser idénticos, esto es, han de ser las mismas personas la misma cosa que se demanda, las mismas causas por las cuales se demanda y la calidad con la que intervienen las partes. La necesidad de que no exista litis pendencia se funda en tres razones principales: En el principio de economía procesal, que exige que se eviten dos procesos sobre un mismo litigio; en la necesidad de evitar dos sentencias diversas y aún contradictorias sobre el mismo litigio, y finalmente en que sería injusto obligar al demandado a defenderse en dos procesos diversos respecto de una misma pretensión. La carga de la prueba sobre la excepción de litis pendencia recae en quien la alega. (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011. Quito, 30 de Enero de 1975).* (Ver también: Gaceta Judicial. Año XC. Serie XV. No. 9. Pág. 2581. (Quito, 16 de julio de 1990); Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3348, (Quito, 26 de agosto de 2002, Quito, 7 de Mayo de 1925); Gaceta Judicial. Año XXXIII. Serie V. Nro. 122. Pág. 2922. Quito, 24 de Octubre de 1934); razonamiento sostenido a lo largo del tiempo, sustentado en estudios doctrinarios que señalan la necesidad de la existencia de esta triple identidad, dado que, esta excepción tiene íntima vinculación con la de cosa juzgada, pues por su naturaleza, la litis pendencia, consiste en la existencia de otro proceso en curso (sin sentencia), en conocimiento de distinto juzgador, su propósito es impedir que prospere un segundo proceso que podría, de proseguir su cauce, dejar sin efecto o producir sentencia contradictoria dictada en proceso anterior, para tal excepción se exigen los mismos requisitos que en la cosa juzgada material: identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, porque de ser aceptada, la sentencia recaída en el primer proceso incoado, pasa en autoridad de cosa juzgada para el segundo, que en consecuencia se suspende esperando resolución dictada en el primero, así se expresa el órgano de justicia ordinaria *"La acumulación supone la sustanciación simultánea de dos causas en un sólo proceso, en los casos del Art. 109; en la litis – pendencia, por el contrario, la excepción tiende a eliminar un nuevo juicio, por impedirlo el ya iniciado que debe llegar a su término: c) surge la excepción de litis-pendiente cuando en los dos respectivos juicios hay identidad de personas, cosas y acciones, como diría el primer caso del Art. 110: Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. Nro. 6. Pág. 593 (Quito, 12 de Marzo de 1954).*

Lino Enrique Palacio, al tratar sobre ella señala: *"Hay litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la mismo causa y por el mismo objeto. Se infiere, de tal concepto, que el fundamento de la excepción de litispendencia reside en la necesidad de evitar que uno misma pretensión sea juzgada dos veces, con la consiguiente inoperancia de lo actividad judicial que esa circunstancia necesariamente comporta. Aparte de la concurrencia de la triple identidad, son requisitos de la excepción de litispendencia: 1o) Que el primer proceso se tramite ante otro tribunal competente, o aun ante el mismo tribunal. De allí que lo excepción no sea procedente si en el proceso invocado para fundarla ha recaído declaración de incompetencia que se encuentra firme o se ha operado la caducidad de la instancia. 2o) Que el traslado de la demanda del primer proceso haya sido notificado. 3o) Que ambos procesos sean susceptibles de sustanciarse por los mismos trámites (no cabe, por ejemplo, en un juicio ordinario, fundarla en la existencia de un juicio ejecutivo, ni viceversa). 4o) Que las partes actúen con la misma calidad en ambos procesos. La admisión de la excepción de litispendencia, en el caso de mediar identidad de partes, causa y objeto, determina la ineficacia del proceso iniciado con posterioridad. Pero aun en el supuesto de no concurrir las tres identidades, cuando, por razones de conexidad, exista la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias, de oficio o a petición de parte formulada al contestar la demanda, o posteriormente por incidente que cabe promover hasta que el proceso quede en estado de sentencia, puede obtenerse la acumulación de procesos.*

El artículo 108 del Código de Procedimiento Civil dispone: *"Se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, en los casos siguientes: 1.- Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada; 2.-* ***Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido****; 3.- Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida; y, 4.-* ***Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.****"* (resaltado del tribunal)*;* el que debe interpretarse conjuntamente con el 109 *"Se divide la continencia de la causa: 1.- Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones; 2.- Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas; 3.- Cuando hay identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean diversas; 4.-* ***Cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas****; 5.- Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; y, 6.- Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito."*

La acumulación como una modificación procedimental, tiene el propósito de reunir procesos iniciados de manera separada, pero que guardan conexidad, a fin de que se sustancien conjuntamente y sean decididos en una única sentencia, ello implica que las causas han de ser analizadas, si bien simultáneamente, con independencia, porque las justificaciones y argumentos de las pretensiones (reivindicación) de las partes en cada relación procesal, pueden diferir y hallar asidero legal, así, que, han de ser resueltas al mismo tiempo pero considerando las particularidades según sea el derecho que les ampare. Para la acumulación de acciones, no es necesario que existan dos juicios idénticos, ésta procede para evitar se divida la continencia de la causa, según el numeral 4 del artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas. En la cosa juzgada y la litis pendencia se regla la observancia y coexistencia de la triple identidad a la que se ha referido este fallo en el acápite anterior; en tanto que, la acumulación, prospera en todos los casos en que se divide la continencia de la causa.

Como ya se señaló, en la sentencia examinada no se establecen estos requerimientos de identidad necesarios para que se haya admitido la excepción de litis pendencia, con sustento en una norma que regula una excepción diferente, la de cosa juzgada, cuya aceptación produce como efecto una sentencia inhibitoria que no analiza el litigio en el fondo. La sentencia en análisis, deja establecido que la acción reivindicatoria propuesta por los herederos de Pintado contra Verónica Patricia Serrano, no procede, porque la demandada no es la poseedora del inmueble, (falta de legitimo contradictor) ya que en el juicio se ha probado que la posesión la mantienen los cónyuges Serrano León, demandados en la segunda causa, sin que en uno y otro caso se haya resuelto el fondo del litigo, en el primero por falta de legítimo contradictor, y en el segundo, porque se sostiene que el primero ha producido sobre éste efectos de cosa juzgada, ocurriendo como consecuencia que no haya una sentencia de fondo que resuelva la acción reivindicatoria; pues en ninguna parte se ha pronunciado el Tribunal sobre el porqué la acción reivindicatoria no procede contra los reales poseedores del inmueble, que reconociendo su posesión alegan también la titularidad del dominio, el que no fue objeto de análisis alguno.

No explicada con lógica la procedencia de la excepción de litis pendencia y aplicada a ella las normas que regulan la cosa juzgada, la sentencia dictada en la causa, deviene en inmotivada e incumple con un requisito constitucional y legal en su estructura, enmarcándose en el vicio previsto en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, y por la forma de aplicarlos vulnera además los artículos 297 y 1000 del Código de Procedimiento Civil; razón por la cual, este Tribunal al considerar fundamentado el cargo lo acepta, y declara la nulidad de la sentencia recurrida a costa del Tribunal de jueces de la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que la pronunciaron, y en su lugar en atención a la disposición contenida en el artículo 16 de la Ley de Casación, dicta sentencia sustitutiva y para hacerlo considera:

PRIMERO: El proceso se ha tramitado con sujeción a las garantías básicas del debido proceso, y en su desarrollo no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión, ni se ha violentado el procedimiento propio del juicio ordinario, por lo que se declara su validez; decretada la acumulación de acciones en providencia de 15 de septiembre de 2010, las 08h01, y no impugnada la sentencia inhibitoria que resuelve el litigio entre los herederos Pintado Sangurima y Verónica Patricia Serrano León, aceptando la excepción de falta de legítimo contradictor, con el argumento de que

la demandada, no es la poseedora del inmueble, y que se ha probado que lo son Mario Rodrigo Serrano y Concepción Lucila León, corresponde resolver 1a acción reivindicatoria propuesta por Blanca Alejandrina Sánchez Torres en contra de Mario Rodrigo Serrano y Concepción Lucila León.

SEGUNDO. No discutidas la singularización del predio objeto de la reivindicación, ni la posesión de los demandados sobre él y agregada al proceso en copia certificada, la escritura que contiene el contrato de compraventa del inmueble y el certificado del Registrador de la Propiedad que da fe de que la titularidad del dominio del bien inmueble reclamado la tiene la demandante Blanca Alejandrina Sánchez Torres, corresponde, analizar las excepciones opuestas por los demandados Mario Rodrigo Serrano y Concepción Lucila León Coronel, a saber 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 2) Improcedencia de la demanda; 3) Falta de derecho de la actora; 4) Ilegitimidad de personería activa y pasiva; 5) Plus petición; 6) Litis pendencia; al respecto sostienen: que el bien inmueble fue adquirido por la demandante mediante pacto colusorio, sabiendo que sobre él hay litigio pendiente, planteado en contra de una de las antecesoras del dominio de este predio; que la escritura en la que se basa la demanda se la obtuvo contraviniendo el artículo 1000 del Código de Procedimiento Civil; 7). Prescripción de la acción, la actora no se encuentra en posesión del predio desde hace más de diez años, que como adquirentes de él se ha respetado el tracto sucesivo de la compraventa de los antecesores en el derecho; 8) Alega cosa juzgada por cuanto el título de dominio en el que se basa la posesión y dominio fue objeto de un juicio de nulidad absoluta contra uno de los antecesores en el derecho, en cuyo juicio fueron actores los mismo sujetos que aparecen como vendedores en la escritura que se exhibe como título de dominio en que se basa la infundada demanda.

En virtud de los efectos que las excepciones propuestas podrían ejercer sobre el proceso, corresponde resolver previamente la que promueve nulidad por ilegitimidad de personería (artículo 346.3) que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia ha distinguido plenamente de la de falta de legítimo contradictor. La primera tiene relación con la capacidad legal para comparecer a juicio, atribuida a toda persona que puede obligarse por sí mismo, sin la autorización de otro; no señalada en la contestación en la demanda una causa de incapacidad que afecte a una de las partes procesales, la excepción no tiene sustento, por lo que se la desecha; así como se desecha la excepción de negativa pura y simple al haberse opuesto excepciones concretas a la acción.

Respecto de la excepción de litis pendencia, con sustento en que hay un litigio pendiente que siguen los herederos de Celso Abdón Pintado Coronel, en contra de una antecesora del dominio del predio, obra del expediente el proceso instaurado por los indicados herederos en contra de Verónica Patricia Serrano al que, se acumuló el litigio que se resuelve; al respecto, tal como se dejó sentado, para que proceda esta excepción debe verificarse triple identidad en los dos juicios en trámite, subjetiva, (partes procesales), en el objeto (lo que se pretende), y en la causa razón o derecho, para pedir; en este caso, si bien existe identidad objetiva, reivindicación del mismo inmueble, y la causa para pedir, el dominio (transferido de los herederos Pintado a Alejandrina Sánchez Torres), no la hay con respecto a la identidad en los sujetos demandados; más cuando la posesión es un hecho material que genera derechos y no un derecho transmisible; en el primer proceso el hecho de la posesión se la atribuye a Verónica Patricia Serrano, y en el segundo a los cónyuges Serrano León, de modo que, faltando el requisito de identidad subjetiva se desecha la excepción de litis pendencia.

Alegan los cónyuges demandados que la acción reivindicatoria formulada ha prescrito, por cuanto, hace más de diez años la actora no se encuentra en posesión del predio; alegación de prescripción extintiva de la acción, prevista en los artículos 2414 y 2415 del Código Civil, que en su orden disponen: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible." y, "Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.".

Al respecto, este Tribunal señala que la acción reivindicatoria prevista para proteger el derecho de dominio frente a terceros poseedores, por disposición del artículo 2417 del Código Civil, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, no alegada aquella como reconvención, ni justificada su declaratoria en sentencia, en otro proceso, la alegación de prescripción de la acción reivindicatoria de un inmueble por el simple decurso del tiempo, no opera, por lo que se la desecha.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Con respecto a la excepción de cosa juzgada, con fundamento en que el título de dominio en el cual los demandados basan su posesión, fue objeto de un juicio de nulidad absoluta contra uno de sus antecesores en el derecho, en el que fueron actores los vendedores en la escritura que exhibe la actora en esta causa, obra del expediente la copia certificada una sentencia ejecutoriada que declaró sin lugar la acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa, fundada en que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio del derecho de los verdaderos dueños, en la que, además se señala que no opera la tradición porque para que ella produzca efectos es necesario que el tradente sea el verdadero dueño de la cosa y que si no lo es, no se adquiere por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. En la que además, se deja sentado que quien vendió el inmueble a verónica Patricia Serrano León, antecesora en la venta efectuada a los demandados, no era el dueño del inmueble. Sentencia que goza de las características de cosa juzgada respecto de la validez del contrato suscrito entre Miguel Ángel León Coronel y Verónica Patricia Serrano León; pero que no afecta el derecho de propiedad del verdadero dueño, mientras no se extinga por el transcurso del tiempo, según dispone el artículo 1754 del Código Civil; entonces, no impide que los verdaderos dueños del inmueble entable acción reivindicatoria contra los poseedores de aquel; razón por la cual se desecha la excepción de cosa juzgada.

La excepción de plus petitio supone acusar a quien promueve la litis, de solicitar deliberada e intencionalmente más de lo que efectivamente se le debe; de pedir demás, con total abuso; lo que implica también un reconocimiento de la existencia de la obligación, más no en los términos demandados; en general esta excepción es relativa a la cantidad o las deudas en numerario y es importante para la fijación de costas. En esta causa, tal excepción no es procedente, pues no se ha justificado que el actor haya demandado más de lo que legítimamente puede pedir a través de esta acción de dominio.

Respecto a la excepción de la falta de derecho en la actora para entablar la acción, esta carece de sustento frente al título escriturario y el certificado del Registro de la Propiedad sobre su inscripción además del historial de dominio que da cuenta del tracto de la misma por más de cincuenta años, con todos sus antecedentes debidamente inscritos; entonces aquella no prospera. Procediendo se analice el título de propiedad en el que los demandados sostienen basan su posesión, para compararlo con el de la actora y establecer el que efectivamente fija el dominio a favor de una de las partes en litigio; constan incorporados en el proceso el historial del dominio y copias de los contratos de compraventa a través de las cuales los demandados compran el inmueble; detallándose en el certificado del Registro de la Propiedad, que los accionados han comprado el inmueble a Tedi o Teddy Santiago Carpio y éste a Verónica Patricia Serrano León, quien lo adquiere de Miguel Ángel León Coronel sin antecedentes de dominio, ni vendedor conocido. Resultando que, Miguel Ángel León Coronel, al no ser el dueño del inmueble que vendió a Verónica Patricia Serrano León, nada transfirió a favor de ésta y los subsiguientes compradores; pues el artículo 698 del Código Civil establece que "Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquiere por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente". La actora basa su dominio en un contrato contenido en una escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el 14 de enero de 2010, con un historial de dominio justificado desde 1964; entonces, la propiedad del predio en posesión de los demandados es de su dominio exclusivo.

TERCERO. Son requisitos exigidos para la procedencia de la acción reivindicatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 933 del Código Civil: La titularidad de dominio de la reclamante sobre la cosa singular o cuota determinada, que se pretende reivindicar; la que debidamente identificada es exactamente la misma en la que el demandado se encuentra en posesión. No discutidas en el litigio la singularización del inmueble, y alegada por los propios demandados la posesión con sustento en un título de propiedad, que no ha transferido a su favor el dominio del predio, así como no probadas la excepciones, y demostrada la titularidad del dominio del predio reclamado por la demandante a su favor, procede la acción reivindicatoria.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, 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"**, aceptando la acción

reivindicatoria propuesta por Blanca Alejandrina Sánchez Torres, dispone que los demandados Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel, restituyan a la actora el inmueble singularizado en la demanda, en el plazo de treinta días y en los términos previstos en el artículo 949 del Código Civil. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Rómulo Darío Velástegui Enríquez, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Oscar René Enríquez Villarreal, CONJUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 666-2015

Jueza Ponente: Dr. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, jueves 15 de septiembre del 2016, las 09h29.-

VISTOS: (Juicio 666-2015)

Para resolver los recursos horizontales de aclaración y ampliación interpuestos por Mario Rodrigo Serrano Camposano y Concepción Lucila León Coronel, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

1. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil dispone que: *"La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada"* (Sic).

2. Del numeral CUARTO del escrito presentado por los demandados, se desprende que solicitan *"(...) se sirvan ´aclarar´ en atención al ´Principio Constitucional´ que el Ecuador es un estado constitucional de Derecho y de justicia, en relación con el ´Principio de Congruencia´ que incidencia directa tiene la procedencia de la excepción de Lites Pendencia y/o Cosa Juzgada alegada y producida por los accionados con las formalidades de Ley, frente con la pretensión de la Actora que se sustenta en el Art. 3 causal 5 de la Ley de Casación, esto es la falta motivación del fallo recurrido.;"* (Sic) Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar, que en el considerando 4.2. de la sentencia dictada en la presente causa, se ha dejado sentado que la motivación implica explicar razonadamente el porqué de la aplicación o no de una norma de derecho a la pretensión, **las excepciones,** los hechos del proceso y la prueba; y que, al no haberse explicado con lógica la procedencia de la excepción de litis pendencia y haberse aplicado a ella las normas que regulan la cosa juzgada, la sentencia de segunda instancia resultaba inmotivada.

3. Con respecto a la "aclaración y ampliación" acerca del porqué no se expresó y/o pronunció este Tribunal sobre "*la procedencia del Abandono en Casación cuyo escrito fue presentado antes de que se dicte sentencia."* (Sic), en necesario precisar, que si bien el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos, dispone que procede el abandono del proceso *"en primera instancia, segunda instancia o casación cuando **todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución** durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos"* (Las negrillas nos pertenecen), la Ley de Casación, norma vigente al momento de la interposición del recurso, y en base a la cual resolvió este Tribunal, establece que, admitido el recurso por la Sala competente de la Corte Nacional de Justicia (Conjueces), se correrá traslado a la contraparte concediendo el término de cinco días para que lo conteste fundamentadamente, luego de lo cual, el Tribunal designado por sorteo para resolver la causa, deberá dictar la sentencia respectiva, sin que durante la tramitación del recurso pueda solicitarse la práctica de pruebas o aceptarse incidentes; entonces, encontrándose la causa en estado de resolver, y no dependiendo de las partes la prosecución de la causa, no existía motivo alguno para declarar el abandono solicitado. En consecuencia, al no existir puntos obscuros o no resueltos, la petición presentada se torna improcedente.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL. Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL. Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL.

V

Resolución nro. 247-2016
Juicio nro. 870-2015

Juicio por indemnización por daños y perjuicios causados por daños ambientales propuesto por Katerine Endara Romero, Carlos Ladin Paredes e Iván Muela Racines contra la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, en la persona de su Gerente General, Ing. Juan Antonio Neira Carrasco

SÍNTESIS

Los actores demandan a la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito por el deterioro a la salud y al medio ambiente incluyendo la biodiversidad. Daños y perjuicios que devienen de la grave omisión de tomar medidas correctivas, para evitar el suministro de agua con arsénico a las poblaciones de las Parroquias de Tumbaco y Guayllabamba, en proporciones superiores a las permitidas por las normas INEN(como referencia histórica se sostiene que la Organización Mundial de la Salud, en 1993, recomendó la presencia máxima de 10 microgramos de arsénico por litro, dato ratificado por el INEN mediante Acuerdo en el año 2005). Se rechaza la demanda por improcedente, y por falta de derecho ya que la acción tendiente a reparación de daños debe ser impulsada por quien recibió directamente el daño, tanto más cuando no está justificada la existencia de daño alguno. Inconforme la parte actora interpone recurso de apelación; cuya sentencia confirma la de primer nivel por falta de legitimación. Ante tal resolución, los actores presentan recurso de casación, el cual lo fundamentan en la causal primera. Del análisis realizado, el Tribunal afirma que los actores si estaban legitimados en la causa, en virtud de la Ley de Gestión Ambiental (artículos 41, 42 y 43) en armonía con el artículo 91 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que no solo los afectados directamente están legitimados para presentar este tipo de acciones de daño ambiental. Añade que cualquier persona natural, jurídica o grupo humano puede ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente. En esa virtud casa la sentencia y emite la de mérito. Señala que los actores se encuentran legitimados, por lo tanto les correspondía probar el daño causado es decir cuándo y en qué forma se afectó la salud epidemiológica o toxicológica de los moradores de Tumbaco y Guayllabamba, lo cual no ha sucedido en el presente caso, ya que de los hechos expuestos no se evidencia la existencia de daños en la población. De este modo se vuelve acertada la excepción de improcedencia de la demanda. En tal virtud, declara sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 870-2015

Juez Ponente: Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, martes 20 de diciembre del 2016, las 16h00.-

VISTOS:

En el juicio verbal sumario que por indemnización de daños ambientales sigue Katerine Endara Romero, Carlos Manuel Landin Pérez e Iván Muela Racines, en contra de la empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q), Gerente General Ingeniero Juan

Antonio Neira Carrasco y Procurador General del Estado. Katerine Endara Romero y Carlos Manuel Landin Pérez proponen recurso de casación, mediante el cual impugnan la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 8 de julio de 2015, las 10h59, la que desecha el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado, que rechaza la demanda

PRIMERO
FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. Los casacionistas consideran que se han infringido los artículos 41, 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental; 3 numeral 11,11 numeral 3,66 numeral 2, 364 numeral 4,276 numeral 4 y 411 de la Constitución de la República. Sustentan su recurso en la causal primera del artículo tres de la Ley de Casación.

1.2 Señalan que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ha interpretado erróneamente los artículos 41, 42 y 43 de la Ley Gestión Ambiental, ya que los señores Carlos Landin Paredes, Iván Muela Racines y Katerine Endara Romero (procuradora común), están actuando en representación de la comunidad, y por tanto, si se encuentran legitimados para actuar en esta causa.

1.3 Manifiestan que el Tribunal *ad quem,* en forma errónea señaló en la sentencia, motivo del presente recurso, que por cuanto esta acción no es constitucional no es posible analizar los hechos, infringiendo así los artículos 11 numeral 3, y 3 numeral 1 de la Constitución de la República.

1.4 Recalcan, que los Jueces de instancia no han realizado una correcta interpretación del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental (la parte actora si cumplía con los requisitos para presentar la acción), y del artículo 411 de la Constitución de la República, al no haber dictado sentencia de mérito.

SEGUNDO
CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Jurisdicción y competencia

Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integramos fuimos constitucionalmente designados mediante Resolución N° 004-2012 de 25 de enero del 2012, ratificados mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia N°. 01-2015 de 28 de enero de 2015. Y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación.

2. Naturaleza y objeto del recurso de casación

El recurso de casación, es un recurso extraordinario, formal, limitado y axiomático que procede únicamente contra sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, además contra providencias expedidas en su ejecución. La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 184 que una de la funciones de la Corte Nacional de Justicia es conocer los recursos de casación.

Su propósito es restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (artículo 76, Constitución de la República del Ecuador). La Constitución de acuerdo a los artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un estado constitucional de derechos y justicia que garantiza los derechos fundamentales de los justiciables, la Corte Nacional al ser el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria realiza un control de legalidad, su rol es el de desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, garantizando la efectiva vigencia de todos los derechos, acorde a lo que manda la Constitución. "La defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; y la igualdad ante la ley" (Enrique Vescovi, La Casación civil, Pág. 25).

Calamandrei "define a la casación como un instituto consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contenga error de derecho en la solución de mérito". (Citado por Hernando Morales, Técnica de Casación Civil, Pág. 37).

En la actualidad "En el Ecuador y en algunos países de América Latina se ha afincado el Neoconstitucionalismo y ha provocado un cambio cualitativo en el pensar y en el actuar jurídico: se ha construido otro marco jurídico-político dentro del cual tenemos que actuar, razonar y elaborar los juicios lógicos y axiológicos para desarrollar la actividad jurídica, con la calidez humana que debe primar en las relaciones de este tipo. Este nuevo marco está constituido por el denominado Neoconstitucionalismo y, específicamente para América Latina, por el Neoconstitucionalismo latinoamericano.

Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: la del Neoconstitucionalismo y, por tanto la organización del poder político como la del poder judicial y otros poderes e instituciones estatales, deben responder a esta nueva realidad" (Cueva Carrión, Luis, La Casación en Materia Civil, 2da edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2011. Pág. 32).

Se ha de tener en cuenta que en materia de casación, la parte relativa con la fundamentación, se asimila a un ejercicio de comparación y contraste entre las normas que fueron empleadas como presupuestos de derecho en el fallo cuestionado que pronunció el Tribunal, y las de quien recurre señala debieron haberse empleado y, demostrar con claridad que, efectivamente, la normativa expresada por el casacionista es la idónea o apropiada para el juzgamiento del caso en cuestión.

A decir de Humberto Murcia Ballén, quien recoge el criterio expuesto por Toboada Roca: "...son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada de las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida..." (Humberto Murcia Ballén, La Casación Civil, Editorial Temis, Bogotá, 1997, Pág. 604).

3. Problema jurídico planteado

El problema jurídico formulado por los accionantes, es determinar si ¿los casacionistas se encuentran legitimados en la causa?

4. Análisis motivado

En el caso que nos ocupa, los señores Katerine Endara Romero e Ing. Carlos Manuel Landin Paredes señalan que el presente proceso lo han iniciado por daños y perjuicios ocasionados a la salud y al medio ambiente de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba en contra de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, por el suministro de agua contaminada con arsénico. Basan su pretensión en la Ley de Gestión Ambiental.

A fin de dilucidar el problema jurídico planteado, es necesario realizar algunas puntualizaciones, en torno al significado de la legitimación en la causa, la que según Hernando Devis Echandía, en su libro Teoría General del Proceso: "(...) En dos grupos pueden clasificarse las opiniones de los autores: en el primero tenemos los que explican la legitimación en causa como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso; en el segundo, los que reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan que puede existir la primera sin que exista la última (...)" (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Buenos-Aires Pág. 253). El referido autor, además señala que: "(...) tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del objeto ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla o éste existan; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado(...) (Obra citada, Pág. 269).

Miguel Rojas, respecto a la legitimación en la causa dice que: "(...) No todos los que tengan interés para obrar habrán de ser admitidos a participar en la actividad jurisdiccional. Sólo lo pueden hacer los autorizados por el ordenamiento. A esta autorización jurídica que el ordenamiento confiere para intervenir en la actividad jurisdiccional se le llama *legitimación en la causa (...)"* (Miguel Enrique Rojas Gómez, la Teoría del Proceso, Bogotá Universidad del Externado de Colombia, 2002, Pág. 112).

De lo expuesto, podemos concluir que la legitimación en la causa es aquella que surge de la titularidad de un derecho (vincula la intervención del sujeto en el proceso). Esta puede ser activa o pasiva. Es activa cuando el demandante es el autorizado por la ley para perseguir judicialmente un derecho, y es pasiva cuando el demandado es la persona llamada a contradecir, y contra el que se hace valer un derecho.

La legitimación en la causa no es presupuesto de validez procesal, si es necesaria para dictar una sentencia de mérito, por lo tanto la falta de esta impide al juzgador pronunciar una sentencia de fondo. El juez en estos casos dictará una sentencia de carácter interlocutorio o inhibitoria.

Devis Echandía enseña que: "(...) estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. De consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se

halla inhibido para hacerlo (...)" (obra citada de Devis Echandía, pág. 255).

Entonces, de acuerdo a lo manifestado por este autor, si alguien no posee la titularidad de un derecho, no puede exigir que se dicte una sentencia de fondo, este es justamente el problema expuesto en el recurso. En el presente caso, los actores han formulado una demanda de daños y perjuicios por afectación a la salud y al medio ambiente, debido a la contaminación ocurrida en el agua potable que era distribuida a los habitantes de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba, ante lo cual la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la resolución dictada el 8 de julio de 2015, señala que los actores no se encuentren legitimados para demandar una reparación pecuniaria, pues no son las personas directamente afectadas.

Conforme lo expuesto, y contrario al criterio de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia, esta Sala considera que los actores si se encontraban legitimados para proponer este tipo de acción, por las razones que se expone a continuación:

1 El artículo 41 de la Ley de Gestión Ambiental establece que con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos se concede la acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente. El artículo 42 del referido cuerpo legal determina que toda persona podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos que se inicien por infracciones de carácter ambiental. Y a continuación el artículo 43 ibídem determina que están legitimados para interponer este tipo de acciones (las civiles), las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa y por tanto podrán interponer acciones por daños y perjuicios por el deterioro causado a la salud y al medio ambiente, incluyendo la biodiversidad.

Al respecto, si bien el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, determina claramente que en el ámbito civil, por daños al medio ambiente, la legitimación activa será de quienes tengan un interés común y los afectados directamente por la acción u omisión que cause deterioro a la salud y al medio ambiente, en el presente caso se ha dejado de tomar en cuenta el contexto constitucional, pues, no solo los afectados directamente están legitimados para presentar este tipo de acciones.

Recordemos que, una norma debe ser interpretada en forma integral, y a la luz de la Constitución, pues a partir de ésta es que se determina la estructura de un Estado y se garantizan derechos. Una norma debe siempre ser examinada dentro del contexto constitucional, a fin de no restringir derechos.

De ahí que, se debe tomar en cuenta el artículo 91 de la Constitución Política del Ecuador, vigente a la época de la presentación de la demanda, que determinaba:

> "El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño. Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, <u>cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente."</u>(lo subrayado nos corresponde).

De lo referido, claramente se puede establecer que de acuerdo a la Constitución Política del Ecuador, <u>cualquier persona, sin perjuicio de los afectados</u> sea una persona natural o jurídica o grupo humano puede ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.

Wilton Guaranda Mendoza, en el libro titulado "Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador", respecto a la legitimación activa en los procesos de daño ambiental realiza un análisis, en el que indica que de acuerdo a la Ley de Gestión Ambiental solo son legitimados activos, aquellas personas afectadas directamente por un daño a la salud o al medio ambiente, sin embargo considera a que de acuerdo al contexto constitucional actual (el que no difiere de la anterior Constitución), todo ciudadano está legitimado para intentar este tipo de acciones.

Al respecto señala: "(...) vale decir entonces que mientras la Constitución establece una legitimación activa amplia en materia de acciones legales, la ley de gestión ambiental restringe esta posibilidad a las personas vinculadas por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa. Con la anterior Constitución que establecía que sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente,

esta situación se tornó limitante para el ejercicio popular de la reparación ambiental pues de conformidad con esta disposición de la Ley de Gestión Ambiental, para su ejercicio requería que el accionante demuestre tener un vínculo con el daño, es decir, ser afectado directo o tener un interés común. Con la vigente Constitución, esta situación parece estar clara, y se resuelve aplicando el orden jerárquico de las normas, establecido en el artículo 425 de la Constitución, el mismo que establece: Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. Concordante con este criterio, algunas resoluciones del Tribunal y la Corte Constitucional, se han pronunciado en el sentido de que en vista de que existe Acción Pública que otorga la facultad a cualquier persona para presentar acciones por daño ambiental, estas no requieren demostrar un interés directo en la acción, pues ha de entenderse que los derechos ambientales son difusos, por lo tanto cualquier persona al otro extremo de la ciudad puede sentirse afectada por la acción contaminante, este criterio es importante, debido a que se debe entender que los jueces no deberían desechar demandas si es que el demandante no demuestra ser dueño de la finca, o el grupo no demuestra tener personería jurídica por la cual comparece, o las persona jurídica no demuestra ser la propietaria del espacio en el cual reclama la indemnización y reparación del daño ambiental. Los pronunciamientos de la Corte y el Tribunal Constitucional se complican aplicar cuando se trata de procesos civiles en donde priman los criterios de legalidad y tipicidad de la norma, sin embargo es preciso anotar que ante la interposición de una demanda de esta naturaleza se pueden dar dos escenarios de resolución o sentencia: El primero que los jueces al resolver el caso, deciden admitir la demanda y declarar válido el procedimiento, por lo cual estarían aplicando de forma directa la Constitución, privilegiando el interés del bien jurídico protegido (ambiente) por sobre las cuestiones formales, evitando de este modo que se prolongue el daño ocasionado y generando un verdadero cambio en la actitud que debe tener un juez dentro del moderno estado constitucional de derechos y justicia. El segundo escenario, es que el Juez resuelva la inadmisión de la demanda por falta de legitimidad activa, lo cual incurriría en una aplicación restrictiva del derecho, pues se estaría aplicando la norma positiva general y secundaria por sobre la norma constitucional, lo cual sería un claro desacato de los principios de interpretación constitucional establecidos en el artículo 3 numerales 1 y 2 y el artículo 4 numerales 2 y 7 dela Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que generaría un retroceso en el principio de progresividad y no regresividad en la aplicación del contenido de los derechos"(Wilton Guaranda Mendoza, Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2010, Pág. 227).

Ricardo Crespo Plaza, experto en daño ambiental, en su artículo titulado "La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la nueva Constitución" sobre la legitimación de las acciones de daño ambiental señala que:

"El artículo 399(397) de la Constitución de Montecristi regula sobre este tema dentro del artículo sobre la legitimación genérica, es decir, el derecho de cualquier ciudadano para acudir a los jueces competentes para demandar por daños ambientales aunque no se tenga interés directo. La excepción del interés directo se sustenta en el hecho de que lo que se reclama son derechos colectivos o difusos que no corresponden solo a la víctima sino a todo el conglomerado social."

Así también, esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 174-2012 Aguinda versus Chevron señaló que:

"(...) la característica del daño ambiental *es un interés de todos,* tema ampliamente desarrollado en los Estados Unidos, es decir corresponde a los derechos difusos, y que la actual Constitución de la República del Ecuador sobre la legitimación genérica en el artículo 397, numeral primero señala: "1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio…". Por tanto, son intereses generales por ser los intereses de todos los sujetos que forman parte de la colectividad o de una amplia parte de ella y que la doctrina considera corresponden a un conjunto plural

de personas absolutamente indeterminadas e indeterminables, que sólo tendrá entidad jurídica en tanto grupo, y sin que exista entre ellas vínculo jurídico alguno, sino más bien un vínculo de hecho. Como sostiene Montero Aroca citado por José Tam Pérez en su obra *Proceso, Poder Jurisdiccional y Tutela Procesal Efectiva,* Págs. 96 y 97, "Frente a los colectivos, esos otros intereses (los difusos) se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un mismo producto, vivir en el mismo lugar". Luego precisa este doctrinario "Tiene que quedar claro así que el interés difuso no es el que puede centrarse en una categoría o profesión respecto de la que existe una persona jurídica que asume (...) la defensa del interés colectivo; el interés difuso supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente, sea o no persona jurídica, que pueda afirmar (legítimamente) que agrupa a todas aquellas personas físicas. Esta situación de indeterminación es la que origina los problemas en torno a la legitimación. Es indudable que cada uno de los sujetos afectados puede ejercitar su derecho subjetivo propio (...) dando lugar a un proceso, pero también lo es que esa legitimación individual ordinaria es insuficiente para dar solución al problema común e, incluso, que pueda ser inconveniente para la misma. De ahí que primero doctrinal y luego ya en el plano legal hubiera de tenderse a encontrar mejores maneras de tutelar procesalmente esos intereses".

Toda esta corriente, de los derechos difusos y la legitimación genérica expuesta en esta resolución es acogida en Latinoamérica, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, (Sentencia T-466/03) sobre el tema ha señalado que:

"(...) El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que le atribuye una autonomía que no excluye el recurso de acciones individuales de estirpe individual. Impide además, eventuales condicionamientos por parte de la ley, cuando el instrumento sea desarrollado por el legislador. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de "difusos", como también los propios del actor". Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha analizado con bastante amplitud el contenido, la finalidad y características de las acciones populares a que se refiere el artículo 88 de la Carta Política y, ha establecido que se trata de acciones encaminadas a la protección de los derechos colectivos de la comunidad, razón por la cual pueden ser promovidos por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando se presenten un daño o amenaza a un derecho o interés común, sin más requisitos que los establecidos por la ley para el efecto."

Esta Corte Nacional de Justicia, en el juicio verbal sumario No. 999-2009 que siguió la Red Amazónica por la Vida contra la Compañía de Oleoducto de Crudos Pesados OCP, indicó respecto a la legitimación activa que: "(...) OCTAVO. La excepción de falta de legitimación activa no procede dentro de este proceso, mas si se considera lo que establece el Art. 42 de la Ley de Gestión Ambiental que fija la mayor amplitud para proponer una acción de este tipo, la que goza de garantía Constitucional. (...)".

De lo manifestado se puede concluir, que es inexacto el razonamiento de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha al considerar que solo las personas afectadas directamente en un daño ambiental son las legitimadas a reclamar en este tipo de acciones, evidenciándose que ha existido una violación del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, ya que éste ha sido interpretado erróneamente y en forma aislada, sin el contexto constitucional señalado en esta resolución. En esta virtud, conforme a lo que determina el artículo 16 de la Ley de Casación, se dicta la siguiente sentencia de mérito de acuerdo a los hechos establecidos en el fallo que se casa:

TERCERO

De la validez del proceso

El trámite verbal sumario dado a la causa es el previsto por la ley, observándose las garantías del debido proceso, por lo que se declara la validez procesal, careciendo de sustento legal alguno la excepción a este respecto alegada y de ninguna manera probada.

De la demanda

Katerine Endara Romero, Carlos Landín Paredes e Iván Muela Racines, por sus propios y personales derechos comparecen ante la Corte Superior de Justicia de Quito y demandan a la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAPQ), vinculados a la Unidad de Gestión del Agua y al Departamento de Gestión Ambiental, daños y perjuicios de acuerdo a lo que establece la Ley de Gestión Ambiental, por la contaminación en el agua con arsénico, la que era distribuida en Tumbaco y Guayllabamba.

Contestación a la demanda

En la audiencia de conciliación y contestación a la demanda. La EMMAP-Q propuso las siguientes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

excepciones: 1) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho; 2) Falta de competencia; 3) Falta de derecho de los actores; 4) No se allana a ninguna nulidad. La Procuraduría General del Estado señala que: 1) no se allana a ninguna nulidad; 2) Niega los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda; 3) Improcedencia de la demanda; 4) Falta de derecho de los actores; 5) Incompetencia del juez; 6) Ilegitimidad de personería.

En la antedicha diligencia, las partes no llegan a un acuerdo que ponga fin a esta causa, ratificándose en los argumentos expuestos tanto en la demanda y contestación respectivamente.

Competencia del Juez

El juzgador, previo a entrar al análisis del fondo del asunto debe mirar su competencia, debido a que la parte accionada y la Procuraduría General del Estado alegan falta de competencia e incompetencia del juez, se ha de declarar que, principio democrático fundamental es que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución (artículo 1 CRE), y que, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y de los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución(artículo 167 CRE). Esto es, que se administra justicia por los Tribunales y juzgados establecidos por la Constitución y las leyes vigentes en los asuntos que son de su jurisdicción y competencia, en este caso la Ley de Gestión Ambiental, y siendo la competencia del juez un presupuesto procesal, es decir una formalidad necesaria para iniciar y tramitar válidamente un proceso, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito (hoy Corte Provincial de Justicia) es competente para conocer y resolver la presente acción de indemnización de daños ambientales.

Problema jurídico

Trabada la controversia con las pretensiones del accionante y la contestación del demandado, el problema jurídico a resolver es, determinar si existe o no daño a la salud en los pobladores de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba, por la contaminación del agua con arsénico.

Los daños ambientales

"Daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado.

El daño ambiental: "(...) es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente, o bien, cualquier menoscabo o vulneración de los bienes ambientales (dentro de los que se comprenden tanto los recursos bióticos como abióticos), del paisaje como expresión figurada del ambiente y de la vida, salud y bienes de los seres humanos que se producen como consecuencia de toda contaminación que supere los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos". (Mario Peña Chacón, Daño responsabilidad y reparación ambiental, Veracruz, México, agosto de 2005.)

Mosset Iturraspe dice que el daño ambiental es la degradación del medio ambiente, como toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de la calidad de vida, porque se estimó que esta calidad de vida era el bien jurídico tutelado. (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999, Pág. 14)

La responsabilidad por daño ambiental es objetiva, "quien contamina paga", es la premisa bajo la cual se fundamenta este tipo de responsabilidad, en que la carga de la prueba es trasladada a aquél que es acusado de la contaminación, lo que importa es el resultado, "(...) En materia ambiental la responsabilidad subjetiva no funciona por lo que la doctrina y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva también llamada de riesgo, frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: **el daño.** (...) La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad." (Ricardo Crespo Plaza, La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión

de la carga de la prueba en la nueva Constitución, en revista Flacso Sede-Ecuador: Pág. 2).

Se precisa señalar que pese a ser en la responsabilidad objetiva la carga de la prueba trasladada al acusado de la contaminación, es también deber de la víctima solo el acreditar el daño y la persona que lo causó, mas no es incumbencia de éste probar la responsabilidad del autor del daño.

En lo que respecta a los daños colectivos Tomas Hutchinson dice que: "(...) son los llamados daños con consecuencias colectivas o para la comunidad, pues son experimentados por el entorno y afectan a un conjunto o grupo de personas que como consecuencia del deterioro ambiental sufren un perjuicio común o grupal (...)" (Jorge Mosset Iturraspe, y otros, Daño Ambiental, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Pág. 20).

Por lo tanto de acuerdo a lo detallado, en el presente no se ha demostrado la existencia del daño, concretamente el deterioro de la salud de los moradores de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba, pues de acuerdo a los hechos expuestos en la sentencia, no se evidencia a personas con determinada sintomatología (vinculadas por su domicilio o lugar de trabajo), y que ésta sea producto de la supuesta contaminación del agua con arsénico en las parroquias referidas. A pesar de que en el proceso se han realizado varios peritajes, en ninguno de estos se establece de forma clara quiénes han sido afectados por la supuesta contaminación del agua.

Es así que, el doctor Felipe Mosquera, médico del Subcentro de Salud de Tumbaco, señala en su informe que no existen afectados por la supuesta contaminación del agua potable en la parroquia de Tumbaco, y para llegar a esta conclusión se han tomado 1985 muestras.

De las declaraciones testimoniales presentadas por la parte accionante, se dice en forma general que han sido afectados los moradores de Guayllabamba, pero no se establece quiénes ni qué forma. De la confesión judicial rendida por la accionante Katerine Endara Romero, quien dice que un tío de ella ha muerto por cáncer, pero desconoce las causas. Este tipo de evidencias, expuestas en la sentencia que se recurre, son vagas, obscuras y sobre todo no cumplen con el fin de demostrar la efectiva existencia de un daño a la salud de los pobladores, no existe nexo causal entre lo uno y lo otro (entre el daño y la afectación), volviendo de este modo improcedente a la demanda.

Jorge Mosset Iturraspe, señala que el: "(...) "daño colectivo o comunitario no consiste, por cierto, en una simple suma de daños individuales, sino en un daño actual y concreto desde el punto de vista de la colectividad que lo sufre; el daño, que es único, afecta simultáneamente y coincidentemente al grupo que lo padece. Esta cuestión afecta la calidad de vida que debe asegurarse a toda la sociedad" (Jorge Mosset Iturraspe, y otros, Daño Ambiental, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Pág. 118).

Entonces en la comunidad que se dice que existe afectación se debe determinar quiénes han sido dañados, cómo, cuándo, en qué tiempo, cuáles han sido sus afectaciones a la salud (de la colectividad), de tal forma que el juez no tenga duda respecto a que ha existido una causa y efecto (nexo causal).

Sin embargo, de "(...) particular complejidad es la cuestión de la relación causal en algunos daños ambientales. La falta de inmediación especial y temporal de la fuente del perjuicio, la multiplicidad de fuentes emisoras, la interdisciplinariedad de las investigaciones para establecer la causa, dificultan la prueba. Sobre la base de esta dificultad, la ley japonesa el 5 de octubre de 1973 crea presunciones de responsabilidad para quienes habitan un área contigua al establecimiento contaminante. Así logra aliviarse la carga probatoria de la víctima, que sólo debe acreditar que padece la enfermedad y que vive en el área, sin necesidad de acreditar que la causa de su enfermedad está en la contaminación que provoca la fuente; por ejemplo, quien prueba que contrajo asbestosis y que vive en la cercanía de una fábrica de amianto no tiene que aportar ninguna otra probanza. Esto lleva a la necesidad de examinar la prueba de la relación causal entre la acción y el daño de una manera particular (...) Carlos Alberto Parella y otro, Responsabilidad por daños al Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 267).

Entonces, si la salud de los moradores de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba se encontraba afectada, era necesario determinar su residencia, el daño a la salud en forma colectiva, y la contaminación que supuestamente ha existido en el agua potable.

En materia de daños ambientales como se señaló, la responsabilidad es objetiva, "(...) basta demostrar el daño ocasionado y la relación de causalidad entre el daño y la acción del Estado generadora de contaminación o detrimento del medio ambiente

(...) (Oscar Darío Amaya Navas y otros, Responsabilidad por daños al Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 25).
Para que proceda una acción indemnizatoria por daños ambientales deben confluir los siguientes requisitos: 1) El sujeto responsable; 2) La base de la responsabilidad (riesgo, actividad peligrosa); 3) los daños indemnizables, en este punto es necesario no sólo la existencia de un daño sino la relación con la acción u omisión del sujeto responsable; 4) los sujetos del derecho a la indemnización y que sea acreedor de la reparación (Véase en la obra citada de Oscar Darío Amaya Navas, Pág. 27-31).
Si bien los comparecientes están legitimados para esta causa, en base a la defensa de los derechos difusos, como se señaló *ut supra,* era necesario probar la contaminación ambiental que produjo una afectación a la salud en forma epidemiológica y/o tóxica de los habitantes de Tumbaco y Guayllabamba, tal como se indicó en líneas anteriores, y que no ha sucedido en el presente caso.
Al respecto se puntualiza que:
"(...) para que haya lugar a la responsabilidad no basta que se haya sufrido un daño real en su patrimonio, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico; es necesario, además, que exista una relación de causalidad entre la lesión y la conducta atribuida a la Administración o al particular, en el caso de que sea cualquiera de éstos el autor del daño ambiental colectivo, y no un factor extraño, como el hecho de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. El requisito de la causalidad como elemento constitutivo del instituto resarcitorio, al igual que el daño, es unánimemente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tanto en el Derecho Privado como en el Administrativo. Por ello, para la viabilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado se exige que el daño o lesión sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin una intervención extraña que pueda alterar el nexo causal. Según se construya la responsabilidad –por culpa u objetiva- el significado de la causalidad diferirá, pues en un caso ha de exigirse que el daño se enlace con la culpa, que exista una relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio, o al menos entre el comportamiento anormal y el perjuicio; en el otro, en cambio, el vínculo de causalidad debe existir entre el hecho y el daño (...)" (Tomas Hutchinson, Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Pág. 54)
En el caso en estudio, y de los hechos expuestos en la sentencia que se recurre, no se evidencia la existencia de daños en la población de las parroquias de Tumbaco y Guayllabamba por la contaminación de arsénico en el agua, volviendo de este modo acertada la excepción de improcedencia de la demanda.
Para finalizar se señala, en resumen, que al no haberse comprobado afectación en la salud en forma colectiva, provocada supuestamente por el consumo del agua con arsénico, no existe deber de resarcimiento. Por estas motivaciones, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** declara sin lugar la demanda. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese y devuélvase**, para los fines de ley.
f) Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2016

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 096-2016
Juicio nro. 303-2015

Juicio de declaración de paternidad propuesto por Mayra Alexandra Atancuri Siavichay, en contra de Luis Gustavo Quito Mendieta

SÍNTESIS

La actora, comparece ante el Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca y manifiesta que su nacimiento fue producto de relaciones extramatrimoniales entre sus padres, sin que haya sido reconocida por su padre. Con fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución de la República, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, demanda en juicio ordinario la declaratoria judicial de su paternidad. Luego de aceptada a trámite la demanda, en la etapa de prueba la actora ha solicitado un examen de ADN cuya conclusión es que el demandado es el padre de la menor, en consecuencia, el señor Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca declara con lugar la demanda y establece la paternidad del demandado Luis Gustavo Quito Mendieta. Dentro del término legal, el demandado apela de la sentencia, y solicita nuevo peritaje de ADN; sin embargo la diligencia no se desarrolla por inasistencia de las partes procesales. El Tribunal de apelación observa que la toma de muestras y el examen de ADN, cumplen con los requisitos normativos que garantizan la seguridad jurídica en cuanto a la legalidad del mismo y manifiesta que la carga procesal referida a la falta de probidad de esta experticia, no ha sido desarrollada de manera adecuada por la defensa técnica del demandado. Dice el Tribunal, que los argumentos esgrimidos por el apelante no han logrado desvirtuar la validez del examen de ADN, por lo cual se desecha el recurso y confirma la sentencia subida en grado. El demandado presenta recurso de Casación, fundamenta su recurso en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación acusando a la sentencia de falta de aplicación del artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 11 numerales 4 y 5, 76.7 literales a), b) y c), y 82 de la Constitución de la República.- Este Tribunal considera que el no cumplimiento de la Junta de Conciliación en segunda instancia, ni el acta que registre su no realización, no son de trascendencia para la decisión de la causa, por lo cual NO CASA la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 303-2015

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, jueves 7 de abril del 2016. Las 09h30.-

VISTOS: (303-2015)

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que por declaración de paternidad sigue Mayra Alexandra Atancuri Siavichay en contra de Luis Gustavo Quito Mendieta, el demandado interpone Recurso de Casación impugnando la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2015, las 09h10, por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la que, al desechar el recurso de apelación, confirma el fallo de primer nivel que declaró con lugar la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente, acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 11 numerales 4 y 5, 76.7 literales a), b) y c), y 82 de la Constitución de la República; y, 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, argumentando que, a la presente acción, debía dársele el trámite que en derecho corresponda, precautelando una tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las partes, consagrando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, publicación, contradicción y economía procesal, acción que además, dice, se enmarca sobre el principio consagrado en el artículo 1 de la Constitución de la República. Agrega que, la presenta causa, en segunda instancia *"debía ventilarse conforme las reglas y normas vigentes en el Código de Procedimiento Civil"* (Sic). Que, luego de haber concretado los puntos a que se contrajo el recurso, y corrido traslado a la contraparte, *"correspondía [...], a petición de parte, debido a que el enjuiciamiento civil no es oficioso, solicitar que, previo la apertura del término probatorio, convocar a las partes a una Junta de Conciliación"* (Sic), la que, sostiene, debía desarrollarse, previo a continuar con la tramitación de la causa. Que, el cumplimiento de la junta de conciliación, es obligatoria, ya que, permite a las partes llegar a un acuerdo que dé solución al conflicto; etapa procesal que además, dice, no puede saltarse por la sola decisión del juzgador, sino que debe ser cumplida imperativamente.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, normado por el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Juezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura, en forma constitucional mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; ratificadas por el Pleno para actuar en esta Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, por resolución No. 01-2015 de 28 enero de 2015; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

2. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las

sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para la unificación de la jurisprudencia.

3. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

3.1. Al Tribunal, en virtud de los puntos de los puntos a los cuales el recurrente contrae su recurso, le corresponde resolver:

3.1.1. Si en un proceso tramitado en la vía ordinaria, la no actuación de la junta de conciliación en segunda instancia, previa la apertura del término de prueba, influye en la decisión de la causa o vulnera algún derecho de las partes, de tal forma que produzca la nulidad de la causa.

4. PUNTOS DE DERECHO BAJO LO CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. La Constitución de la República, garantiza, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes; y el derecho a la defensa como componente básico del debido proceso.

La tutela Judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes, se materializa en un proceso que se desenvuelve con garantías básicas, proscribe la indefensión, culmina con una decisión que refleja el valor justicia, y cumple con los requisitos de motivación previstos en la Constitución y en la Ley; y, que ejecutada satisface además el derecho *"a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato (...)"*. Artículo 66. 25 de la Constitución.

4.2. Entre las normas de derecho procesal y las de derecho material o sustantivo, hay un vínculo de medio a fin, en virtud del cual, las primeras son el instrumento para la realización de las segundas, por ello la Constitución de la República en su artículo 169, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, debiendo entenderse que las normas procesales han de adecuarse en su aplicación y eficacia al derecho material el que jamás puede sacrificarse por interpretaciones excesivas del ritualismo procesal.

4.3. El proceso judicial, no es, ni puede ser un fin por sí mismo ha de servir como vía de conocimiento de la verdad, supuesto indispensable para alcanzar su finalidad, la realización del derecho material.

4.4. La nulidad procesal, tiene como objeto genérico remediar la violación de vicios procesales específicos y trascendentales que, señalados en la Constitución, o la ley procesal como garantías básicas del debido proceso; solemnidades sustanciales o violaciones de trámite, influyan en la decisión de la causa o produzcan indefensión. Hugo Alsina, sostiene *"donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad"*. (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Segunda Edición. Ediciones Ediar. Buenos Aires Argentina 1963)

5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO

5.1. Invocando la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, que configura los vicios de *"Falta de aplicación, indebida 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;"*, el recurrente, acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 11 numerales 4 y 5, 76.7 literales a), b) y c), y 82 de la Constitución de la República; y, 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, alegando que, no podía continuarse con la tramitación de la causa, mientras no se cumpla con la diligencia de junta de conciliación, la que, sostiene, debió ser convocada, previo a la concesión del término probatorio.

5.1.1. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 1012 es imperativo al disponer que, el juez de primera o de segunda instancia, previa la concesión del término de prueba convocará a las partes a junta de conciliación, señalando día y hora para ello, junta que no podrá postergarse ni continuarse por más de una vez y en la que, procurará por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad, que las partes procesales lleguen a un avenimiento.

5.1.2. En la especie, obran del cuaderno de segunda instancia, las providencias emitidas por el juez de sustanciación de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, convocando de oficio a los sujetos procesales, por dos ocasiones, a junta de conciliación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, norma, que el recurrente

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

acusa como no aplicada. Cierto, que por desidia de los sujetos procesales actora y demandado, la diligencia conciliatoria no se cumple; y que, el Tribunal, recibió la causa a prueba, cumpliendo con sus obligaciones jurisdiccionales, para hacer efectivo el principio de celeridad, previsto en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

5.1.3. La junta de conciliación no se encuentra prevista expresamente en el parágrafo 2º, Sección 1ª, Título II, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, referente a la sustanciación del juicio ordinario en segunda instancia, constituyéndose en virtud de lo dispuesto en el artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, una segunda oportunidad de avenimiento de las partes procesales, que en este caso renuentes a ella la desaprovecharon.

5.1.4. La diligencia conciliatoria adquiere importancia en la medida de que a través de ella, las partes procesales, con la intervención del juez pueden concluir el proceso, de manera amigable, transigiendo sus intereses; pero su negativa a asistir a ella, no constituye más que un ejercicio de la autonomía de sus voluntades, en cuyo acatamiento, un proceso judicial en el que se discute un componente básico del derecho a la identidad de la demandante no puede detenerse más allá de lo previsto en la norma; la no evacuación de la diligencia, no es decisoria en el desarrollo del proceso y su resolución, y la posibilidad de realizarse precluyó cuando las partes procesales, sin reclamar su cumplimiento, intervinieron en defensa de sus derechos evacuando en segunda instancia las pruebas que consideraron pertinentes.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 20, dispone que la administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación como en la resolución de la causa, y en la ejecución de lo decidido. *"Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en los que la ley disponga lo contrario."* Entonces, convocada por dos ocasiones la diligencia conciliatoria, y no cumplida por el ningún interés de las partes en transigir, la continuación del trámite, no es más que el acatamiento estricto de una disposición imperativa.

El no cumplimiento de la diligencia, en segunda instancia, no es de trascendencia para la decisión de la causa, y menos aún, el acta que deja constancia de su no realización; la aseveración del recurrente de que, es necesaria el acta de la junta de conciliación para continuar con el desarrollo del proceso, y que no efectuada ésta, se ha producido una violación de trámite que ocasiona nulidad insanable, carece de fundamento, para que, la violación de trámite propio de la naturaleza del asunto o de la causa, produzca nulidad es necesario que la violación incida en la decisión de la causa, y aquello, no ocurre, lo trascendental en un juicio de investigación de la paternidad con examen de ADN, que así lo establece, sin duda, no radica en la junta de conciliación; como resulta inoficioso ocuparse de un escrito de desistimiento de la acción, sin el reconocimiento de la firma en el estampada.

5.1.5. Con respecto a la acusación de que, la no realización de la junta de conciliación, en segunda instancia, vulnera los derechos consagrados en los artículos 11 numerales 4 y 5; 76.7 literales a), b) y c), y 82 de la Constitución de la República; y el 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal, señala: Que en materia de garantías y derechos constitucionales, como el derecho a la identidad del que forma parte la filiación, los jueces están obligados a aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, y que frente a este y otros derechos constitucionales, los formalismos procesales exagerados, no operan. Que, en un proceso, en el que se ha actuado con defensa técnica, en todas las etapas y grados del procedimiento y en el que, se ha contado con el tiempo y lo medios adecuados para ejercerla en igualdad de condiciones, la alegación de vulneración del derecho a la defensa no tiene sustento en la no evacuación de una diligencia conciliatoria con un fin específico, que no se realizó entre otras razones por la inasistencia del recurrente y no por falta de convocatoria judicial. El artículo 82 de la Constitución de la República dispone *"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."*; entendiéndose entonces por derecho a la seguridad jurídica, la certeza, de que las autoridades, entre ellas juezas y jueces, enmarcarán sus actuaciones y decisiones en el ordenamiento

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

jurídico preexistente, apartados de toda forma de arbitrariedad. En el ordenamiento procesal civil ecuatoriano, no se incluye una norma que señale que la junta de conciliación, efectuada en primera instancia, convocada reiteradamente en segunda, y no efectuada por renuencia de las partes, es causa de nulidad e influya en la decisión de la causa, por la trascendencia que su repetición en segunda instancia tiene en el desarrollo del proceso, por lo que, por no trascendente y específica, su omisión, no produce nulidad procesal. Consiguientemente, al no existir violación de trámite, ni vulneración de las normas acusadas como infringidas, éste Tribunal desecha el cargo.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este 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"**, NO CASA la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2015, las 09h10, por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el juicio ordinario que por declaración de paternidad sigue Mayra Alexandra Atancuri Siavichay en contra de Luis Gustavo Quito Mendieta. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Carmen Alba del Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

II

Resolución nro. 114-2016
Juicio nro. 17761-2015-0236

Juicio por exclusión de bienes, propuesto por Lucía Humberta Niola Veliz, en contra de Domitila Isabel Mora Narváez y José Genaro Niola Reinoso

SÍNTESIS

LUCÍA HUMBERTA NIOLA VELIZ, comparece en juicio ordinario de Exclusión de Bienes y manifiesta que dentro de juicio especial de Inventarios y Avalúo de los bienes que pertenecieron a la disuelta sociedad conyugal que mantuvieron Domitila Isabel Mora Narváez y José Genaro Niola Reinoso, se ha incluido un bien de su legítima propiedad, por lo que, solicita se lo excluya de dicho inventario.- El Juez de primera instancia, acepta con lugar la demanda y manda se excluya el predio rústico" Nuevo Porvenir" del Inventario de la sociedad conyugal.- Inconforme con esta sentencia, la señora Domitila Isabel Mora Narváez, interpone recurso de Apelación, alegando Falsedad del título de adjudicación otorgado por el INDA en favor de José Genaro Niola Reinoso y como consecuencia Nulidad de la Donación en favor de la accionante, su hija.- El Tribunal de Apelación, en aplicación de las reglas de la sana crítica, considera que los excónyuges Niola Reinoso-Mora Narváez estaban separados desde hace muchos años atrás, antes que el INDA adjudique bienes inmuebles rurales y que la accionante no ha presentado acción de nulidad ante el tribunal de lo Contencioso, igualmente considera que el bien controvertido no pertenece a la sociedad conyugal, por lo que se niega la apelación de la señora Domitila Isabel Mora Narváez. Frente a esta decisión y luego de solicitar una aclaración a la sentencia, la misma que es negada, presenta dentro de término, recurso extraordinario de Casación, funda el recurso interpuesto en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. El Tribunal por SENTENCIA DE MAYORÍA resuelve NO CASAR la sentencia dictada en virtud de que la recurrente no ha precisado en que momento de la sentencia se comete el vicio de interpretación errónea y cuál es la interpretación adecuada de la norma, lo que deja sin piso la acusación demostrando únicamente su disconformidad con la valoración probatoria, lo que no es impugnable en casación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17761-2015-0236

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, miercoles 27 de abril del 2016, las 11h30.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario seguido por Lucia Humberta Niola Veliz, reclamando el dominio de un bien inmueble incluido en el inventario de bienes de la disuelta sociedad conyugal que la tenían formada José Genaro Niola Reinoso y Domitila Isabel Mora Narváez; la demandada Domitila Isabel Mora Narváez, interpone recurso de casación, impugnando la sentencia dictada el 21 de Agosto de 2015, las 11h01, por los jueces de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, la que confirma la sentencia de primer nivel que ordena la exclusión del bien reclamado.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Señala la recurrente, que *"en lo referente a la causal 1ra. del artículo 3 de la Ley de Casación, "relacionada a la errónea interpretación de normas de derecho incluyendo precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia, que han sido determinantes*

de su parte dispositiva," los artículos 76.7 .l), 69.3 y 324 de la Constitución de la República, cuyo texto transcribe, normas constitucionales con las que alega se demuestra que constitucionalmente está reconocida la sociedad conyugal; agrega que los jueces provinciales invocando disposiciones legales como las de los artículos 139 y 189. 1 del Código Civil y la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial Serie XV #2, pág. 403, expresan que la sociedad conyugal que tenía formada la recurrente terminó por divorcio debidamente inscrito el 17 de septiembre de 2004, por así disponerlo expresamente el artículo 128 ibídem. Refiere que la Sala de Apelación analiza cómo está constituido el haber de la sociedad conyugal y los bienes que ingresan a ella, luego de disuelta de acuerdo al artículo 168 ibídem, para posteriormente referirse a un caso similar contenido en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, mencionando el artículo 50 de la Ley de Desarrollo Agrario, para manifestar que con su ex cónyuge Genaro Niola Reinoso, durante la sociedad conyugal mantuvieron la posesión del bien inmueble denominado "El Porvenir", ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia El Oro, lo cual ha demostrado con prueba suficiente, y que sin embargo, su cónyuge esperó divorciarse para después de cinco años pedir su adjudicación al Estado Ecuatoriano; que su ex cónyuge calculó mal el paso del tiempo y se hizo adjudicar antes de transcurridos los cinco años que exige la Ley de Desarrollo Agrario; que ante todo esto, luego de un inexplicable análisis, la Sala en el Considerando 6.9 dice que no se ha justificado procesalmente que José Genaro Niola Reinoso haya embarazado injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia y que casi en su totalidad han transcurrido los cinco años desde la inscripción del divorcio (17 de septiembre de 2014) hasta la fecha de adjudicación por parte del INDA (5 de agosto de 2009), que por eso la Sala nunca se pronunció acerca de la aclaración solicitada a la sentencia recurrida, sobre el término CASI, así como la palabra SEPARADOS. Que lo expuesto, lleva a la conclusión que *"los honorables jueces provinciales erróneamente interpretaron las normas de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia en desacuerdo"*, lo cual ha sido determinante en su parte dispositiva.

Señala que *"respecto a la causal 5ta del Art. 3 de la Ley de Casación, referente al hecho de que en la parte dispositiva de la sentencia se han adoptado decisiones contradictorias quisiera hacer un análisis mayor, sin embargo lo escueto de su parte dispositiva simplemente me hace repetir las disposiciones legales invocadas en el literal anterior, pues resulta contradictorio que analizando detalladamente las normas jurídicas, jurisprudenciales, probatorias, en forma contraria la Sala se pronuncie negando mi recurso de apelación interpuesto. Lo expuesto en esta causal es un rechazo al criterio de la Sala sobre su opinión relacionada a la sana crítica y a la motivación de su sentencia, incluida la escasa parte dispositiva de la misma, lo cual me impide hacer un mayor análisis"* sic.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución del Ecuador, normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa al Tribunal que suscribe, constituido por Juezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero de 2012; ratificados por el Pleno para actuar en esta Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, por resolución de 28 de enero de 2015; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

2. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal. Limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudencia les obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para la unificación de la jurisprudencia.

3. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

3.1. ¿Si el Tribunal de instancia al emitir la sentencia, interpretó erróneamente las normas constitucionales que garantizan el derecho a la motivación, y a la igualdad de los cónyuges en la toma de decisiones en la administración de la sociedad conyugal, y las reglas del Código Civil que la regulan?

4. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. Para resolver, este Tribunal considera necesario dejar sentado su criterio sobre los siguientes temas:

4.1.1. El Derecho, se manifiesta en normas jurídicas que se expresan mediante palabras, las que utilizadas en la estructura de una disposición legal, podrían darle un sentido oscuro o dudoso, quizá apartado del que quiso impregnarlo el legislador; cuando aquello ocurre, debe interpretarse la norma para esclarecer su sentido.

4.1.2. La acusación de interpretación errónea de una norma de derecho, supone que al texto legal en el que se contiene la norma, al ser aplicado en la sentencia se le ha dado un sentido diverso a su literalidad, o al del espíritu que la inspiró, por lo que, la fundamentación para la procedencia de esta acusación, requiere que se argumenten los motivos por los cuales se considera que existe interpretación errónea y cuál sería la interpretación correcta de la norma, que se acusa como vulnerada por este vicio.

4.1.3. Cuando el sentido de la norma es claro, las reglas de interpretación de la Ley, disponen no desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

4.1.4. Las palabras plasmadas en el texto de la norma deben entenderse en su sentido natural y obvio, según su uso general, siempre que el legislador no las haya definido expresamente para ciertas materias, entonces deberá dárseles su sentido legal.

5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

5.1. En Casación, la causal que se invoca en sustento de una acusación en contra de la sentencia, constituye la razón legal de la impugnación y el límite impuesto por el recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe realizar el Tribunal de Casación. La causal 1 del artículo 3 de la Ley de la materia, en la que el actor fundamenta su acusación, debe invocarse cuando por uno de los vicios previstos en ella, se ha vulnerado una norma de derecho sustancial y/o precedentes jurisprudenciales obligatorios, y siempre que tal vulneración haya sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia.

5.2. Sin argumentar las razones, por las cuales, considera que en la sentencia el Tribunal de Instancia, interpretó erróneamente los artículos 76.7.1, 69.3 y 324 de la Constitución, luego de transcribir los textos legales, la recurrente sostiene que con las normas en referencia demuestra que constitucionalmente está reconocida la sociedad conyugal; que el vínculo matrimonial que lo unía con su cónyuge terminó por divorcio inscrito el 17 de septiembre del 2004; que con su cónyuge mantuvieron posesión pacifica del predio denominado El Porvenir, lo cual siempre fue negado por su cónyuge quien con argucias trataba de hacer creer que eso no era cierto y que el predio era arrendado, por lo que no permitía el ingreso de sus hijos, lo cual constituye un claro embarazo para su adquisición y goce, lo que demuestra con el hecho de esperar divorciarse para luego pedir la adjudicación al Estado. Que la sentencia en el considerando 6.9 señala que no se ha justificado procesalmente que José Genaro Niola Reinoso haya embarazado injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia y que casi en su totalidad han transcurrido los cinco años desde la inscripción del divorcio.

De lo señalado, el Tribunal no puede obtener las razones de la recurrente para considerar que en la sentencia de segunda instancia, hay una interpretación errónea de las normas constitucionales que garantizan el derecho a la motivación de la sentencia, garantía básica del debido proceso y la igualdad de los cónyuges en la toma de decisiones con respecto a los bienes de la sociedad conyugal, pues que de su contenido más bien se obtiene que el Tribunal de Apelación entiende claramente en que consiste la obligación de motivar una decisión judicial, para lo cual, transcribe el artículo 4.9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y una definición doctrinaria respecto a la misma, las cuales encuadran perfectamente en la concepción de la Motivación, contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución; de la sentencia en análisis, no obra expresión alguna del Tribunal, que denote una interpretación errada de las disposiciones constitucionales que garantizan la igualdad de los cónyuges en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, y como aquella no se especifica

en el libelo del recurso de casación, este Tribunal, no puede efectuar el análisis que correspondería sí, la recurrente hubiese precisado en que momento de la sentencia se comete el vicio de interpretación errónea y cuál es la interpretación adecuada de las normas; por lo expuesto, se desecha el cargo de vulneración de normas constitucionales, por errónea interpretación.

5.3. De igual manera, la recurrente omite señalar las razones por las cuales considera que el Tribunal de instancia interpretó erróneamente en la sentencia las normas contenidas en los artículos 128, 139, 167.1, 168 y 189.1 del Código Civil y 50 de la Ley de Desarrollo Agrario, y cuál es el sentido correcto o el verdadero alcance de las mismas, sin ligarlas a los hechos del proceso, como pretende la recurrente, al sostener *"Ante todo esto, luego de un apreciable análisis, inexplicablemente la Sala en el CONSIDERANDO 6.9 dice que no se ha justificado procesalmente que el señor José Genaro Nioto Reinoso haya embarazado injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia"* cuando, el texto del artículo 168 del Código Civil efectivamente dispone que, *"Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticias de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición goce"*, desprendiéndose de las propias expresiones de la recurrente, que el Tribunal hizo un análisis apreciable, de las normas y concluyó que no se probaron sus presupuestos, entre ellos que, el cónyuge que adquirió para sí el inmueble, que luego donó, haya embarazado injustamente su posesión o goce a la sociedad conyugal; más si se tiene en cuenta, que según afirma la demandada Domitila Isabel Mora Narváez, en la escritura pública, agregada de fs. 143 a 146 de los autos, otorgada para la emisión del poder especial y de procuración judicial, a favor del Abogado Mauro Guerra Flores, quien actúa a su nombre, el abandono que sirve de sustento al divorcio se produjo en febrero del año 1975; esto es en los hechos, la sociedad conyugal, con aporte común de los cónyuges concluyó treinta y siete años antes de que la ruptura de relaciones conyugales se legalice a través de la sentencia de divorcio y treinta y nueve años antes de su inscripción; por lo que, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 116 del Código Civil, para la liquidación de la sociedad conyugal, no se deben tomar en cuenta los bienes que hubiere adquirido el cónyuge agraviado, con su trabajo exclusivo, los que se consideran como patrimonio personal; sabiéndose que, la causal de abandono por más de tres años, vigente a la fecha de presentación de la demanda, no requería para su presentación, ser el cónyuge agraviado. Sin que, con las acusaciones fundamentadas en la causal de violación directa de normas de derecho le sea permitido a este Tribunal de Casación analizar si se probó o no el embarazo de la posesión o goce del inmueble a la sociedad conyugal; ni, si para la adjudicación del predio por parte del INDA se cumplieron o no los cinco años de posesión que prevé el artículo 50 de la Ley de Desarrollo Agrario, por parte del único cónyuge que adquirió el bien.

5.4 Con respecto a la acusación con fundamento en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, referente a la adopción de decisiones contradictorias en la parte dispositiva de la sentencia, la recurrente se limita a señalar, que lo escueto de la parte dispositiva del fallo le lleva repetir las disposiciones legales invocadas en el literal anterior, pues resulta contradictorio que analizando detalladamente las normas jurídicas, jurisprudenciales, probatorias, en forma contraria la Sala se pronuncie negando su recurso de apelación; agrega que lo expuesto en esta causal es un rechazo al criterio de la Sala sobre su opinión relacionada a la sana crítica y a la motivación de su sentencia, incluida la escasa parte dispositiva de la misma, lo cual le impide hacer un mayor análisis. Sin señalar en que consiste la contradicción contenida en la parte dispositiva de la sentencia, y menos fundamentarla, pues señala que se hace un análisis adecuado de las normas y negar el recurso de apelación, a más de dejar sin piso la acusación de interpretación errónea de normas de derecho, solo demuestra disconformidad con esta casual.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este 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"**, resuelve NO CASAR la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en la reclamación de dominio propuesta por Lucía Humberta Niola Veliz contra Domitila Isabel Mora Narváez y José Genaro Niola Reinoso.

Notifíquese y devuélvase los cuadernos de instancia.
f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Carmen Alba del Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO).

VOTO SALVADO
Juicio No. 236-2015
Jueza Ponente: Dra. Rocio Salgado Carpio

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES
Quito, miercoles 27 de abril del 2016, las 11h30.
VISTOS:
l.- ANTECEDENTES.- Domitila Isabel Mora Narváez, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, 21/08/2015; las llh01; fallo que rechaza el recurso de apelación presentado, y confirma la sentencia subida en grado, que acepta la demanda propuesta por Lucía Humberta Niola Veliz, y en consecuencia, se excluye el bien inmueble denominado "Nuevo Porvenir" del inventario de bienes de la disuelta sociedad conyugal, formada entre José Genaro Niola Reinoso y Domitila Isabel Mora Narváez. El recurso de casación, es admitido en auto de 1/12/2015, las 14h48, por el Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier, Conjuez de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.
2.- COMPETENCIA.- Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26/01/2012; y designadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para actuar en esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, mediante Resolución No. 01-2015 de 28/01/2015. Su competencia para conocer los recursos de casación, se fundamenta en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por los artículos 8 y 11[1]; , y 1 de la Ley de Casación.
3. FUNDAMENTOS EL RECURSO.-
La recurrente fundamenta su recurso en las causales primera, y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.
3.1.- Bajo la causal primera sostiene:
Si bien la sentencia recurrida se fundamenta primero, en los arts. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, acerca de la motivación; 69.3, ibídem sobre la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal; y 324, ibídem, sobre la igualdad de derechos y oportunidades entre los cónyuges en el acceso a la propiedad y toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal; a continuación en el art. 139 del Código Civil, sobre que el matrimonio da lugar a la sociedad conyugal, definiéndola; después se ampara en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *"donde claramente se puede establecer un caso similar al que se encuentra en estudio"*; y por último en el artículo 50 de la Ley de Desarrollo Agrario que prevé la adjudicación en favor de los posesionarlos de las tierras rústicas si se comprueba una tenencia ininterrumpida mínima de cinco años, sin embargo indica *"Ante todo esto, luego de un apreciable análisis, inexplicablemente la Sala en el Considerando 6.9 dice que no se ha justificado procesalmente que el señor José Genaro Niola Reinoso haya embarazo injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia y que CASI en su totalidad han transcurrido los cinco años desde la inscripción del divorcio (17 de Septiembre 2014) hasta la fecha de adjudicación por parte del INDA (5 Agosto de 2009) ...".*

[1] Ver Suplemento del R.O. No 38 del 17 de julio 2013.

3.2.- Bajo la causal quinta sostiene:
"Resulta contradictorio que analizando detalladamente las normas jurídicas, jurisprudenciales, probatorias, en forma contraria la Sala se pronuncie negando mi recurso de apelación interpuesto...".

4.- NATURALEZA DE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, decisiones protegidas por presunciones de acierto y legalidad; el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo o de tal marco, una vez más, debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollo jurisprudencia! fijado para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos o dando al traste con los mismos. Ha de insistirse también, en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Corte Nacional, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el juez de apelaciones, al proferirla, vulneró o no la ley sustancial que estaba obligado cumplir para rectamente llegar a la verdad. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, busca garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundante del estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración .

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.-

5.1.- Como se advierte de la fundamentación del recurso, la censura, tanto bajo la causal quinta como la primera, se centra en la incongruencia que presenta la sentencia, al afirmar que el Tribunal adquem luego de un *apreciable* análisis normativo, jurisprudencial y probatorio, en forma contraria concluye que no se ha justificado que su ex cónyuge haya embarazado injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia y que *CASI* en su totalidad han transcurrido los cinco años para la adjudicación de dicho bien; yerro que pertenece a la causal quinta y no primera, la que contempla vicios o errores *in iudicando* por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, siempre que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; sin embargo, una vez admitido el recurso y en garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, este Tribunal procede a su análisis respecto a la causal quinta invocada, que comprende el problema jurídico planteado vía casación.

5.2.- LA CAUSAL QUINTA: Contempla vicios in procedendo, *"Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles"*; este yerro es conocido por la doctrina como *"CASACIÓN EN LA FORMA"*, tiene que ver con los vicios que afectan la estructura, la coherencia y congruencia o relación lógica del fallo. Sobre lo primero: *"los requisitos que atañen a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las pretensiones; e) motivación de la sentencia, que configura el tema más amplio y trascendental de estas reflexiones, d) parte resolutiva; e) fecha y firma"* (énfasis fuera de texto) (DE LA RUA, Fernando, "Teoría General del Proceso", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 144); sobre lo segundo, la contradicción o incompatibilidad en la parte resolutiva del fallo, tiene que ver cuando existe afirmación simultanea de una decisión y su contraria; causal que comprende vicios de incongruencia (falta de coherencia o lógica, cuando la sentencia se contradice a si misma) e inconsistencia (inconsonancia, cuando la conclusión del silogismo no está respaldada por sus premisas); si bien la causal quinta enmarca estos yerros en la parte dispositiva de la sentencia, no es menos cierto que no es posible desligarla de su parte considerativa, pues en ella, se exponen las razones por las que se llega a la conclusión, conformando de este modo, una unidad armónica lógico-jurídica que al escindirla, corre el riesgo de alterar su verdadero sentido.

5.3.- SENTENCIA RECURRIDA:

i) En el considerando tercero el juez plural invoca principios constitucionales, jurisprudenciales y/o doctrina aplicada *"para resolver el caso"*, así luego de invocar el artículo 76.7.l de la Constitución sobre la motivación, y respaldarse en jurisprudencia nacional sobre esta garantía, determina los problemas jurídicos: cómo debe entenderse la sociedad conyugal, los bienes que la constituyen y deben inventariarse y los que deben excluirse. En el considerando cuarto define la sociedad conyugal, artículos 139 y 189.1, 105.4 y 191 del Código Civil; refiere jurisprudencial patrimonio social conformado por bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso, obtenidos en el matrimonio *"durante la sociedad conyugal"*, y cita los artículos: 69.3 y 324 CRE, que destacan la igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal; en el considerando quinto, señala los bienes que deben excluirse, según el artículo 167; y los que deben inventariarse de conformidad con el 157 del CC, y 168, ibídem; sobre esto último, subraya que el legislador toma en cuenta el caso de bienes que si bien se adquirieron una vez disuelta la sociedad conyugal, entran al haber de la misma, *por no haber tenido noticia de ellos o haberse embarazado injustamente su adquisición;* insiste en este punto amparándose en jurisprudencia de la Corte Suprema (Exp. 126, R.O. 148, 15/08/2003), que concluye que el cónyuge no tuvo la posesión del bien raíz antes del matrimonio, sino cuando estuvo vigente el régimen de la sociedad conyugal, siendo así que, obtiene la prescripción después de haberse disuelto la sociedad, señalando que el bien inmueble cuyo dominio adquiere no lo poseía a título de señor, sino, que era de la sociedad conyugal; y, cuando obtiene la prescripción adquisitiva de dominio lo hace tratando de excluir a su cónyuge, por lo que fundamentándose en el artículo 168 CC, consideran que el bien inmueble fue adquirido dentro de la sociedad , *"y el hecho del que el cónyuge...pretendió ignorar a la cónyuge, no por ello la puede excluir del bien raíz..."*.

ii) En el considerando Sexto, fija los hechos:

- El matrimonio de los cónyuges duró desde el 16 de junio de 1957 hasta el 17 de septiembre de 2004, fecha en la que se inscribió el divorcio, conforme el artículo 128 CC.
- Que en el juicio de inventario, en primer nivel, se excluye el bien raíz del inventario y avalúo de la disuelta sociedad conyugal, y tres meses antes de la sentencia el señor Niola Reinoso, dona a su hija el bien en cuestión.
- En segunda instancia se reforma la sentencia y se incluye el inmueble, por cuanto en el inventario no procede la exclusión sino que es necesario un trámite en cuerda separada; así las cosas, Lucia Humberta Niola Veliz reclama el dominio del bien, por considerar que Niola Reinoso se lo donó en forma oportuna.
- Adjudicación del INDA 5/08/2009 a favor de José Genaro Niola Reinoso (escritura de protocolización) del predio rustico; se analiza el artículo 50 de la Codificación de la Ley de Desarrollo Agrario: el INDA, *"legalizará mediante adjudicación en favor de los posesionarlos, las tierras rusticas de su propiedad, cuando se compruebe una tenencia ininterrumpida mínima de cinco años..."*, concluye que *"si nos retrotraemos CINCO AÑOS de tenencia ininterrumpida, obtenemos que la misma se inició ANTES de que se inscriba la sentencia de divorcio en el Registro Civil ... por lo que aparentemente se inició la tenencia del inmueble mientras el matrimonio todavía surtía efectos"*.
- La demandada sostiene que el referido bien pertenece a la sociedad conyugal, administrada por su ex cónyuge por más de 40 años; para determinar esa aseveración el juez plural, valora la confesión judicial de aquella, *"cuyas preguntas apuntan a sostener que desde el mes de febrero de 1975 están separados y que por ende, el predio motivo de la Litis no ha estado en posesión de la sociedad conyugal, respondiendo la confesante que ha vivido en la referida finca por el lapso de unos cuatro años cuando se casó y que su ex cónyuge no realizó ningún trámite para obtener la escritura de propiedad de la hacienda. Confrontada esta confesión judicial con la rendida por el señor José Genaro Niola Reinoso responde que ha mantenido la posesión del predio bananero por aproximadamente 40 años (año de 1969, si consideramos que la confesión judicial fue rendida el 29 de diciembre del 2009), es decir, DURANTE la vigencia de la sociedad conyugal formada entre los señores José Genaro Niola Reinoso y Domitila Isabel Mora Narváez"*.
- Se enmarca para resolver en el artículo 168 CC: *"No se ha justificado procesalmente que el señor José Genaro Niola Reinoso haya embarazado injustamente la adjudicación del predio motivo de la controversia, enunciándose que los ex cónyuges Niola Reinoso-Mora Narváez están separados*

desde el año 1 975, y que los cinco años que exige el INDA para adjudicar una propiedad rústica, casi en su totalidad discurrió luego de inscrito el divorcio, sin que la recurrente haya activado durante tantos años, mecanismos legales tendientes a cuestionar la adjudicación realizada por el INDA...".

- Concluye: *"...en aplicación de las reglas de la sana crítica, considerando que los ex cónyuges Niola Reinoso -Mora Narváez estaban separados desde hace mucho años atrás, que el INDA adjudica bienes inmuebles rurales cuando se justifica posesión por cinco años (los mismos que han transcurrido casi en su totalidad en estado de divorciado) y que la accionante no ha presentado acción de nulidad ante el tribunal de lo Contencioso, el Tribunal considera que el bien controvertido no pertenece a la sociedad conyugal y que como tal el titular del mismo es el señor José Genaro Niola Reinoso...".*

5.4.- Este Tribunal, advierte de la sentencia recurrida una serie de argumentos, razonamientos y decisiones relacionadas entre sí, que sirven de sustento para resolver el caso; el análisis de la norma que da cuenta de la igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal, así como la de los bienes que deben inventariarse y los que deben excluirse; la referencia al artículo 168 CC, que reconoce que hay bienes que se adquirieron después de disuelta la sociedad conyugal, pero que entran a su haber, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Exp. 126, R.O.148, 15/08/2003) que indica que el cónyuge no tuvo la ***posesión*** del bien raíz antes del matrimonio, sino cuando estuvo vigente el régimen de la sociedad conyugal, por tanto, el dominio del bien adquirido por el cónyuge, pertenecía a la sociedad conyugal, dado que al obtener la prescripción adquisitiva de dominio, lo hace ***tratando de ignorar a su cónyuge***; establece la duración del matrimonio: 16 de junio de 1957 hasta el 17 de septiembre de 2004; continúa con la línea argumentativa, para tomar en cuenta que tres meses antes de la sentencia de primera instancia, Niola Reinoso, realiza a favor de su hija la donación del bien ; además, confronta el artículo 50 de la Codificación de la Ley de Desarrollo Agrario con la fecha de protocolización de la adjudicación, realizada por el INDA a favor de señor Niola Reinoso, y concluye: *"si nos retrotraemos CINCO AÑOS de tenencia ininterrumpida, obtenemos que fa misma se inició ANTES de que se inscriba fa sentencia de divorcio en el Registro Civil ... por lo que aparentemente se inició la tenencia del inmueble mientras el matrimonio todavía surtía efectos";* congruente con esta premisa, y luego de cotejar las confesiones judiciales, concluye que la posesión de dicho bien fue durante la vigencia de la sociedad conyugal de José Genaro Niola Reinoso y Domitila Isabel Mora Narváez; razonamiento acorde con la línea argumentativa desarrollada, sin embargo, para la conclusión toma una línea diferente: luego de invocar el artículo 168 CC, señala que *no se ha justificado procesalmente que el señor José Genaro Niola Reinoso haya embarazado injustamente la adjudicación del inmueble; que los ex cónyuges están separados desde el año 1975; y que los cinco años que exige el INDA para adjudicar una propiedad rústica, casi en su totalidad discurrió luego de inscrito el divorcio;* indicando que tampoco la accionante ha presentado acción de nulidad ante el tribunal de lo Contencioso, por lo que considera que el bien controvertido no pertenece a la sociedad conyugal, siendo el titular del mismo el señor Niola Reinoso, se resuelve negar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primer nivel; conclusión desacertada, pues no explica por qué, pese a que la posesión del bien inicia durante la sociedad conyugal, y, reconociendo que parte de los cinco años empleados en el trámite de adjudicación (INDA) incluyen a la todavía existente sociedad conyugal, concluye que no se ha probado el embarazo, criterio que rompe con la coherencia de la sentencia, pues no concuerda con las reflexiones precedentes sobre las cuales debía resolver la cuestión, configurándose el yerro alegado, razón por lo que se casa la sentencia y una vez detalladas las incongruencias entre las partes considerativa y resolutiva, se dicta una conforme a lo dispuesto en el artículo 16, *"por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia"*[2]; en los siguientes términos:

[2] Así también, conforme con la norma en cita, se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, recurso extraordinario de protección 28, R.O.S: 209, 21/03/2014.

5.5.- SOBRE EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO CIVIL:

5.5.1.- Uno de los efectos del matrimonio es la constitución de la sociedad conyugal en todos los casos en los que los cónyuges no han pactado, expresamente, separación de bienes; la sociedad conyugal se disuelve por: terminación del matrimonio; sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y por la declaración de nulidad del matrimonio (artículo 189 CC), consiguientemente, la sociedad conyugal inicia el día de la celebración del matrimonio y termina el día de su disolución.

5.5.2.- Una vez disuelta la sociedad conyugal, entra en estado de liquidación, para ello el ordenamiento jurídico, prevé el cumplimiento de reglas y procedimientos para el reparto equitativo de los bienes sociales; como parte de la tutela de los derechos de los cónyuges, la ley prevé pautas a observar para definir el carácter social de los bienes y para su exclusión.

5.5.3.- En este marco, el artículo 68 CC, señala: *"Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce ...".*

5.5.4.- Precepto que define la condición temporal, para el ingreso de los bienes a la sociedad con prescindencia de la época de la adquisición del dominio; bienes que por no haberse tenido noticia de ellos, o por existir embarazos injustos que impidieron su adquisición o goce **oportuno**, se los adquirió después de disuelta la sociedad conyugal; de igual modo los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, por una causa o título anterior a ella, pertenecen al cónyuge adquirente de conformidad con el artículo 167 ibídem, aplicando el mismo criterio, esto es, se da preferencia al título o causa de la adquisición.

5.5.5.- En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia comparada:

"Para determinar el carácter de un bien no se atiende a la época de la adquisición del dominio sino a aquella en que se genera la causa o título que la produce (...) De ahí que los inmuebles adquiridos en virtud de un título oneroso generado durante la sociedad (...) pertenecen a ella, aunque la adquisición efectiva haya sido el motivo que la retardó: por no haberse tenido noticia de los bienes, por habérsela embarazado injustamente, por olvido, descuido o negligencia, falta de tiempo, caso fortuito, etc. (...)", consecuentemente, la causa generadora de la adquisición deviene de la época en que estuvo vigente[3]; por lo tanto, no interesa el momento en que ingresan los bienes en el patrimonio del cónyuge que aparece como titular, sino cuál es la fuente, no inmediata, que explica la presencia del bien en el patrimonio.

5.5.6.- Ahora bien, el artículo 168 del Código Civil contempla presupuestos para incorporar los bienes a la sociedad conyugal, una vez disuelta ésta: *no haberse tenido noticia de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce;* la RAE define el termino embarazar como: *"Impedir, estorbar o retardar algo"*, es decir que, la dilación del acto de adquisición constituye un embarazo injusto opuesto a la sociedad conyugal; en este caso, se trata de la *posesión mantenida del predio bananero por aproximadamente 40 años, año de 1969, es decir, DURANTE la vigencia de la sociedad conyugal*, posesión advertida por el juez plural, y no de los cinco años que de forma embarazosa buscó Niola sean contados, a partir del divorcio, tiempo que pretende acomodar al mínimo requerido por el INDA para la adquisición del bien raíz, demostrando su intención de privar del derecho a su ex cónyuge y excluir, indebidamente, el bien de la sociedad conyugal, de tal manera que, por aplicación del artículo 168 del Código Civil se llega a la solución legal, es decir a reputarlo como adquirido durante la sociedad conyugal; bien cuya legalización debió tramitarse señalando la verdadera fecha del inicio de la posesión esto es 1969, y no haber retardado, injustificadamente, (embarazado) los trámites de la adjudicación, e ignorado a su ex cónyuge para su beneficio.

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, M. P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, sentencia del 25 de agosto de 2011, haciendo referencia a la sentencia del 17 de enero de 2006, exp. 2850; reiterada en sentencia del 10 de agosto de 2010, exp. C-11 001-3110-015-1994-04260-01.

5.6.- SOBRE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN POR PARTE DEL INDA: El juez plural, refiere a la Ley de Desarrollo Agrario, en lo que tiene que ver con el requisito de los cinco años para la adjudicación del bien, y afirma como hecho no controvertido la fecha de disolución de la sociedad conyugal (misma que es la de la inscripción del divorcio): 17 de septiembre de 2004, sin embargo, concluye que este tiempo casi en su totalidad se ha cumplido; desconociendo norma expresa que favorece solo a una de las partes al no cumplirse con los cinco años; presupuesto legal, cuya inobservancia afecta el principio de legalidad, pero además, demuestra según advierte el adquem que parte del período de los cinco años de posesión que alega tuvo el demandado, están dentro de la vigencia de la sociedad conyugal.

5.7.- SOBRE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES:

5.7.1.- Este Tribunal aclara que el hecho de que los cónyuges se encuentren separados en nada afecta al régimen de la sociedad conyugal; primero porque como se ha visto, no es una causa para su disolución; segundo, nuestro ordenamiento jurídico prevé causales inculpatorias para el divorcio, sustentadas en el incumplimiento de los deberes conyugales, lo que implica que una vez probadas, uno de los cónyuges adquiere la calidad de culpable y el otro de agraviado.

5.7.2.- La doctrina refiere a este tipo de divorcio como divorcio sanción, puesto que el legislador ha establecido sanciones para el cónyuge que hubiere incurrido en una de las causales del artículo 110 del Código Civil, así: 1) no se le confiará el cuidado de los hijos (artículo 108, numeral 4 del Código Civil) ; 2) no tendrá derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro cónyuge para su congrua sustentación, a excepción de los casos previstos en la causal 8 y en el inciso segundo de la causal 11 del artículo 110, ibídem (artículo 112, ibídem); 3) el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, a excepción de los casos previstos en la causal 8 y en el inciso segundo de la causal 11 del artículo 110, ibídem (artículo 114, ibídem); y, 4) en caso de que el divorcio sea por abandono, para la liquidación de la sociedad conyugal no se tomarán en cuenta los bienes que hubiera adquirido el cónyuge agraviado, con su trabajo exclusivo (artículo 116, ibídem), sin hacer diferencia si se trata del abandono previsto en el inciso primero o en el segundo de la causal 11 articulo 110 ibídem. Sobre este último punto, el tribunal adquem, únicamente, da cuenta de la separación de los cónyuges, sin que se haya definido la calidad de agraviado/a (cosa que solo es posible luego del divorcio por abandono); solo así, una vez demostrada esta condición, los bienes adquiridos por el trabajo exclusivo de aquel o aquella, se excluirán de la liquidación de la sociedad conyugal, no así los bienes del cónyuge que produjo el agravio por abandono.

5.8.- SOBRE LA OBLIGACIÓN DE IMPUGNACIÓN:

5.8.1.- El ad quem, considera, para excluir el bien de la sociedad conyugal que Domitila Isabel Mora Narváez, no presentó acción de nulidad ante el tribunal de lo Contencioso, dejando entrever que su omisión la perjudicó; sin tomar en cuenta factores sociales, económicos e institucionales que condicionan la propiedad de los activos de las mujeres y, que afectan la igualdad patrimonial entre mujeres y hombres. *Investigaciones sobre activos y desigualdad de género*[4], dan cuenta que:

"*...las mujeres ecuatorianas no siempre ejercen sus derechos patrimoniales, lo cual implica que no siempre adquieren, mantienen ni acumulan bienes y algunas veces los pierden. Las acciones que amenazan y (provocan violación de los derechos de propiedad se conoce como violencia patrimonial... -que a su vez, es una forma de violencia económica- entre las formas de violencia contra la mujer -junto con la violencia física, verbal, psicológica y sexual-. Su inclusión ha sido invocada por varias organizaciones internacionales, como la Organización Panamericana de la*

[4] Jackeline Contreras Díaz, Derechos Patrimoniales de la Mujer FLACSO-ECUADOR - 2011, p.5. El estudio se inició en el 2009 con la realización de cuarenta grupos focales, con 23 organizaciones, mayoritariamente de mujeres; y 58 entrevistas con informantes claves en notarias, juzgados, registros de la propiedad y grupos de abogados y abogadas, entre otros, desarrollado en tres provincias del Ecuador: Pichincha, Azuay y Manabí. Con base en esta información, se diseñó y se aplicó una encuesta a 2892 hogares. Esta muestra de hogares es representativa de todo el país y se puede desagregar para la región Costa y Sierra, y por áreas urbana y rural.

Salud (OPS), por lo menos desde hace una década, dado que la ***violencia patrimonial*** *está a menudo relacionada con otras formas de violencia, y porque en sí misma constituye una violación a los derechos humanos de la mujer".*

5.8.2.- Estos estudios dejan ver que la violencia patrimonial en contra de las mujeres se produce por:

"... falta de conocimiento legal y también porque ellas pocas veces utilizan los mecanismos de protección legal disponibles para la propiedad individual o conjunta. Tampoco reciben asesoría legal adecuada y oportuna. Además las normas sociales hacen que las mujeres que se preocupan por su patrimonio son vistas como "interesadas", porque hay la concepción que "uno se casa por amor y no para cuidar un patrimonio... Cuando preguntamos en la encuesta, ¿legalmente cuando está casado/a o en unión de hecho, los bienes que compra con sus ingresos propios, de quién son? 92% Respondieron que los bienes que se compran pertenecen a la pareja (respuestas correctas). 8% Respondieron que las cosas que compran con sus ingresos durante el matrimonio/unión es suyo, o no sabían la respuesta (respuestas incorrectas). A pesar de que la mayoría de entrevistados acertaron con la respuesta que todo lo comprado con los ingresos propios cuando se está casado o en unión de hecho es de la pareja, al considerar el estado civil, los hombres y las mujeres divorciadas y separadas presentaron la menor incidencia en dar la respuesta legalmente acertada, como se indica en el Gráfico N.° 1. Esto podría ser un reflejo de menor conocimiento legal o alternativamente reflejar la experiencia personal de estas personas; por ejemplo, al momento de la ruptura de la relación, que la propiedad conjunta de sus bienes no fue reconocida.."[5].

5.8.3.- La garantía de la vigencia de los principios constitucionales, solo será posible si se reconoce la desigualdad real en el ejercicio de los derechos; desigualdad, atribuible a la imposición social y cultural de estereotipos que definen diferencias, etiquetan y establecen jerarquías entre los seres humanos. Solo un análisis cuidadoso de los hechos permitirá determinar prácticas encubiertas y naturalizadas en una realidad diversa; solo entonces se podrá garantizar a las mujeres y a los hombres la igualdad sustancial, particularmente, en las relaciones de pareja y en aquellas que abarcan al régimen matrimonial y, sociedad de bienes en el Ecuador.

6.- DECISIÓN: Por lo expuesto, sin que sean necesarias otras consideraciones, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara sin lugar la demanda propuesta por Lucia Humberta Niola Veliz. Sin honorarios que regular.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo; JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[5] Ibídem, pp. 8,13.

III

Resolución nro. 199-2016
Juicio nro. 17761-0028-2015

Juicio por impugnación de paternidad, propuesto por Manuel Jesús Ángel Ulloa Ulloa, en contra de Rosa Elvira Ríos Palomeque

SÍNTESIS

MANUEL JESÚS ANGEL ULLOA ULLOA, en su demanda expone que durante su estadía en los Estados Unidos, su cónyuge ha inscrito a un niño como su hijo. Afirma que a más de que se está violentando derechos del niño, como es conocer a su padre y madre biológicos, se ha cometido un ilícito. El reconocimiento se ha efectuado en la ciudad de Cuenca, falsificando y alterando documentos públicos, por lo que una vez que se determine que no es su hijo, se deberá enviar las piezas procesales a la Fiscalía.- Admitida a trámite la demanda de IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD, la parte demandada no deduce excepciones, se allana a la demanda, por lo que la litis se traba con la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.- Para resolver, el juez observa que el legítimo contradictor es el hijo menor de edad, que al ser impúber, el allanamiento que hace su madre es totalmente ineficaz. Precautelando el derecho a la identidad establecido en normas constitucionales e internaciones se declara sin lugar la demanda. El actor, presenta recurso de apelación de la sentencia dictada. El Tribunal de apelación, considera que la controversia debe sustanciarse a la luz del interés superior del niño. En el análisis de las pruebas aportadas por el actor, deduce que éste, ha ingresado al país dos años antes de presentar esta acción de impugnación de paternidad; que no se ha podido realizar la prueba de ADN por falta de comparecencia de la madre y el menor; según la historia clínica de la madre, no consta que ésta haya sido tratada de un parto; no se prueba la fecha en que el actor dice haber salido del país; según la fecha de su regreso, queda justificado que debió haber convivido durante este tiempo en compañía de su cónyuge y el niño, esto es, dos años antes de la demanda; tampoco aparece en los autos nada que deslegitime las afirmaciones de la cónyuge, sobre el hecho de que él sí tuvo conocimiento de que se iba a inscribir como propio al niño; por estas consideraciones, el tribunal rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmando la resolución dictada por el Juez Aquo.- El actor interpone Recurso de Casación, aduciendo que el tribunal de alzada ha cometido el yerro de errónea interpretación del artículo 66.28 de la Constitución de la República y lo fundamenta en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación.- El Tribunal de Casación considera que los operadores jurídicos de instancia, confunden abierta e inopinadamente dos temas: uno es la presunción legal de paternidad contenida en el art. 233 del Código Civil, y otro, el de la paternidad establecida mediante un acto voluntario de reconocimiento. Luego de un profundo análisis jurídico, social y doctrinario, el Tribunal estima que en este caso, por las sensibles situaciones que se describen, declara que el actor no es el padre del niño, pero éste podrá conservar el apellido paterno si así lo desea, solo para efectos de ser conocido y reconocido en la sociedad, mas no como vínculo de filiación. Con VOTO DE MAYORÍA se resuelve el caso en el sentido indicado, presentándose un VOTO CONCURRENTE.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17761-0028-2015

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, martes 5 de julio del 2016, las 08h44.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

El señor Manuel Jesús Ulloa Ulloa, ha comparecido ante la jurisdicción de Familia, Niñez, y Adolescencia del Azuay, impugnando la paternidad del hijo que dice haber sido inscrito unilateralmente por su esposa, como hijo de ambos, pues en la fecha de inscripción del niño, él se encontraba fuera del país. Por estas razones, sobre la base del art. 251.2 de la codificación sustantiva civil, plantea acción de impugnación de paternidad en contra del niño NN, procesalmente representado por su madre, la señora Rosa Elvira Ríos Palomeque.

En las dos instancias posibles el actor ha recibido pronunciamientos contrarios a su pretensión; razón por la cual, ha interpuesto recurso extraordinario de casación del fallo de última instancia pronunciado por el tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15.01.2015; las 15h40.

Una vez admitido a trámite por parte del órgano de conjueces, el recurso pasa a este tribunal de juezas nacionales para su conocimiento y resolución de fondo; y, para hacerlo se considera:

2. COMPETENCIA:

Este Tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;[1] artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición No 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N°. 01-2015 de 28 de enero 2015, respecto a la nueva conformación de la Salas de este Órgano Jurisdiccional.

3. NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS, CAUSALES ALEGADAS POR EL CASACIONISTA, Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

3.1. El recurso extraordinario de casación, encuentra su fundamento en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, alegando que se ha cometido el yerro de errónea interpretación del art. 66.28 de la Constitución de la República.

3.2. El argumento presentado por el casacionista es muy puntual y escueto, en el sentido de manifestar que el contenido de la disposición constitucional acusada como infringida, ha sido considerada en forma parcial, pues en el fallo recurrido se analiza únicamente el derecho a la identidad del niño, obviando el examen acerca del derecho a la procedencia familiar. Agrega que, el tribunal de alzada infringe la norma constitucional (art. 66.28), habida cuenta que él no es el padre biológico del niño; que de permanecer en el mundo jurídico la filiación como hasta ahora, se trastoca el derecho a la identidad del niño, ya que tendría que "crecer, desarrollarse y vivir con una identidad falsa y familiar también impuesta por quienes arbitrariamente así lo impusieron (sic)"[2]

En esa misma línea de análisis, sostiene que si bien el tribunal de apelación defiende el derecho a la identidad del niño por las consecuencias que implicaría el despojo de su identidad, olvidan que resultaría más gravoso aún, el hecho que el niño viva con "una identidad falsa, con apellidos impuestos" y sin conocer de dónde proviene. Continúa manifestando que habiéndose negado la acción, se le está privando al niño del amor y cariño que brindan los

[1] Ver suplemento del R.O. N°. 38 del 17 de julio 2013.
[2] Ver recurso extraordinario de casación, folios 14 del cuaderno de segunda instancia.

progenitores biológicos, "ya que en la misma sentencia [...] s[e] analizan los maltratos que el niño esta sufriendo por parte del supuesto padre"[3]

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Del estudio exhaustivo del recurso de casación y de la sentencia bajo cuestionamiento, se tiene que el presente caso adquiere una gran relevancia jurídica debido a las múltiples situaciones fácticas que aparecen del fallo recurrido, y por los intereses discutidos del niño cuya paternidad se ha impugnado.

En esta razón, el tribunal de casación, siguiendo su línea jurisprudencial en la que ha manifestado su clara posición de defensa del derecho a la identidad del niño en la parte concerniente al estado civil, tener un nombre y un apellido, así como a pertenecer a una familia, y ha considerado para el efecto, la mayor trascendencia del concepto de identidad social, antes que la biológica, así como la adecuada justificación constitucional del plazo de caducidad para el inicio de la acción de impugnación de paternidad, corresponde entonces dilucidar, si en el presente caso, en atención al principio de interés superior de niñas y niños, resulta o no pertinente denegar la acción de impugnación de paternidad planteada.

Para cumplir este cometido, se realizará un estudio de las circunstancias fácticas que rodean el caso; los elementos de fuente legal, constitucional y convencional jurídicamente pertinentes; y la jurisprudencia de este órgano en relación íntima con el principio del interés superior de niñas y niños.

5. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO:

5.1. Cuestiones previas:

Como se vio en los antecedentes del presente fallo, el actor basa su demanda en el art. 251 del Código Civil. Se debe tener en cuenta que esta disposición legal rige para las acciones de "impugnación de reconocimiento", en donde el reconocimiento de un hijo/a se ha producido por el acto libre y voluntario del que se creyere padre o madre del niño, es decir de hijos/as concebidos fuera de matrimonio. La acción de "impugnación de paternidad" en cambio, difiere de la anterior, toda vez que es la propia ley civil, la que crea una ficción con respecto a los hijos/as concebidos dentro de matrimonio, esto es, la presunción por la cual, el marido se imputa padre del niño/a que ha nacido.[4]

Esta diferenciación de acciones, tiene sentido si se analiza a quien le corresponde la legitimidad activa para interponer una u otra acción; así, el Pleno de esta Corporación jurisdiccional, ha emitido la Resolución N° 05-2014, en la que se ha manifestado que la acción de impugnación del reconocimiento realizado en forma libre y voluntaria, no le corresponde al reconociente, por la naturaleza misma del acto de reconocimiento; por tanto, este deberá si pretende desvanecer la filiación del hijo/a, plantear acción de nulidad del acto de reconocimiento, para la cual, necesariamente ha de probar tanto el vicio del consentimiento, ya sea por error, fuerza o dolo; y además, a través de la prueba científica de ADN, la exclusión del vínculo paterno[5]. Por otro lado, y en casos de hijos habidos dentro de matrimonio, sobre quienes pesa la presunción de ser hijos/as del marido de la madre, si se trata de reclamar esa paternidad, entonces ha de realizarse dicha impugnación dentro de los plazos previstos en la ley civil, que se encontraba vigente previas las últimas reformas. Ambos criterios, han sido expuestos por este organismo en miramiento de la defensa de la identidad social del menor de edad, antes que la preferencia de la verdad biológica; sin embargo, se ha manifestado también, que sobre la base del principio de interés superior del niño/a, ha de analizarse con acuciosidad cada caso concreto.

En el presente caso, el actor, partiendo de la premisa que su esposa ha inscrito unilateralmente como hijo suyo al niño Alex Manuel Ulloa Ríos, plantea su demanda con fundamento el art. 251 del

[3] Ibídem.

[4] Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.
La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, par parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.
Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente.

[5] Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 123-16, de 03.05.2016, juicio 105-15.

Código Civil, norma que como se acaba de ver, sirve de fundamento para la acción de impugnación de reconocimiento de hijos concebidos fuera de matrimonio, y no de aquellos cuya inscripción se produjo como consecuencia de la presunción de paternidad que opera a favor de los hijos habidos dentro de un matrimonio. Esta deficiencia procesal y conceptual, no fue advertida por ninguno de los operadores jurídicos de las dos instancias de grado inferior, y que bien pudieron corregir de conformidad con el principio *iura novit curia*; y al no haberlo hecho, como se verá más adelante han caído en la misma confusión que el actor, al no diferenciar entre una y otra acción.

5.2. Del acto jurisdiccional recurrido:

Previo al estudio propiamente dicho del fallo recurrido, es necesario manifestar que este contiene varios puntos y niveles de análisis yuxtapuestos sin cuidado formal alguno, por lo que este tribunal emitirá su pronunciamiento siguiendo un orden que considera apropiado para su correcto desarrollo y comprensión. Así en primer lugar se hará referencia al criterio que se adopta en el fallo recurrido respecto de la acción de impugnación de paternidad planteada, para continuar con los hechos que el tribunal define como debidamente probados, y finalmente conocer la posición del tribunal respecto a la decisión tomada en relación con el análisis que se hace del principio de interés superior de niñas y niños.

5.2.1. Sobre la acción planteada:

El tribunal de apelación realiza un amplio análisis sobre la acción de impugnación de paternidad, para concluir que el reconocimiento del niño cuya filiación se reprocha, es irrevocable por parte del propio reconociente, quien sólo podrá invalidar su declaración de voluntad, -dice- vía nulidad del acto. En la parte pertinente del fallo, se lee:

> QUINTO.- 5.1.- *La impugnación de la paternidad es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo esta presunción admite prueba en contrario*, pues la impugnación de la paternidad, lo que busca es que el juez deje sin efecto la filiación supuestamente existente. En el proceso de impugnación de la paternidad juega un papel fundamental la prueba científica [...] de ADN, [...] sin embargo en el caso concreto no se cuenta con los resultados de esta prueba, pues no han comparecido en el día y hora señalados la señora Rosa Elvira Ríos y el niño Alex Manuel Ulloa Ríos. No se ha demostrado en el proceso que MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA no haya estado en desacuerdo en inscribir al niño NN como hijo propio, pues a decir de ROSA ELVIRA RIOS PALOMEQUE, este estaba perfectamente enterado de los hechos que habían sucedido con relación al niño, al punto que él desde los Estados Unidos envió su cédula para que se facilite la inscripción, *es decir no se ha probado en el proceso de manera clara y categórica que se haya producido algún vicio de consentimiento en la inscripción del niño [...]* La naturaleza del acto de reconocimiento voluntario ya ha sido materia de análisis por parte de la Corte Nacional de Justicia, por lo que cabe referirnos a la Resolución 05-2014 de aplicación obligatoria, publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 346 del 2 de octubre de 2014 Que a la letra dispone 'EI reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable - el reconociente sólo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, demostrando 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' [...] 'EI reconocimiento voluntario, que es el que interesa al caso que se juzga, es un acto jurídico lícito, de derecho familiar, no negocial, que tiene como finalidad esencial establecer una relación jurídica paterno - filial. Para unos, es un acto jurídico declarativo, porque reconoce una realidad biológica; para otros, es un acto constitutivo de estado, porque la sola realidad biológica no configura el vínculo jurídico mientras no se integre con el reconocimiento con la sentencia judicial que lo establezca. Pero, sea cual fuera su naturaleza jurídica, lo cierto es que el reconocimiento es un acto unilateral, porque basta la sola voluntad del reconociente; puro y simple, porque no tolera ni admite condiciones, plazos o modalidades, esto es, cláusulas que alteren, modifiquen, limiten o restrinjan sus efectos legales, individuales y personal, porque la paternidad solamente puede ser reconocida por el padre; y, por último, es irrevocable, aunque establecido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

por testamento se revoque éste, y en cuanto a la viabilidad de las personas para ser reconocidas como hijos extramatrimoniales, pueden serlo no sólo las de existencia actual; sino también los hijos que están en el vientre de la madre o por nacer, y aún los fallecidos' [...] Para concluir, de lo expuesto *ut supra*, la impugnación del reconocimiento no le pertenece al *padre o madre que voluntariamente ha reconocido a un hijo como suyo,* por tratarse de un acto jurídico unilateral, que puede ser ejecutado, directa y personalmente [...] De lo transcrito se deduce que el actor no es el titular para impugnar la paternidad del niño NN, el derecho de conocer su realidad biológica, es propio del niño NN quien la podrá ejercer en el momento oportuno, en calidad de titular del mismo. 5.2.- El Código Civil, establece las normas que regulan la relación de los hijos concebidos dentro del matrimonio, en el artículo 233 y siguientes, al prescribir que: el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. Esta norma está referida a los plazos mínimos y máximo de gestación, y en particular a la concepción de conformidad con el Art. 62 ibídem, al determinar que, si al marido fue imposible tener trato íntimo con su mujer en el período de la concepción, podrá impugnarla. Ahora bien, esta imposibilidad podría deberse a la ausencia, privación de libertad, enfermedad, accidente, separación de hecho, pero en cualquiera de estos casos la prueba recae en el marido, pues, en este supuesto la presunción pater is tiene plena vigencia. *En consecuencia, frente al caso que nos ocupa, la acción de impugnación de la paternidad tiene por objeto desvirtuar la presunción legal consignada en el Art. 233 del Código Civil, esto es, que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, "... se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido...". En cuanto, a la legitimación activa para iniciar un proceso de impugnación de paternidad, la norma del Art. 235 ibídem señala, como titular de la misma, al marido; por lo que, nadie podrá reclamar contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo.* Por su parte, el Art. 236 ibídem, señala, que; toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto. 5.3.- De las consideraciones realizadas anteriormente el Tribunal obtiene las siguientes deducciones, *MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA, no mantiene afecto hacia el niño NN [...] 5.4.- El niño NN ya se encuentra orientado, incluido, o formando parte de un status social, económico, cultural en el que se formó prácticamente desde su nacimiento, con su nombre, con su familia; no se puede interrumpir o romper ese entorno o esa realidad en la que se encuentra inmerso, quitándole su identidad que ella tiene como suya.*[6] (Mayúsculas omitidas, cursivas no originales)

Como se ve, el tribunal de apelación en un primer pronunciamiento, bien expresa que en razón de la presunción legal contenida en el art. 233 del Código Civil[7] el niño demandado tiene como padre al demandante, necesitando –dicen los juzgadores– para desvanecer esa presunción, una prueba científica de ADN, que excluya el vínculo de filiación entre las dos personas. Luego de esta aserción, da un giro a su análisis, y señalan que el acto del reconocimiento voluntario es un acto personalísimo irrevocable, para esto, refieren a la Resolución N° 05-2014, emitida por el Pleno de esta Corte Nacional de Justicia.

Los operadores jurídicos de instancia, confunden abierta e inopinadamente los temas, pues una cosa es la paternidad fijada a propósito de la presunción legal contenida en el art. 233 de la codificación sustantiva civil, por la cual, el hijo/a nacido luego de 180 días del matrimonio, se presume hijo del marido; y otra situación distinta es, la paternidad establecida mediante un acto voluntario de reconocimiento, en el que una persona, reconociente, declara ser padre del hijo/a. Si se pretende desvanecer el vínculo de filiación paterna en el primer

[6] Ver sentencia de segunda instancia, folios 134-140.
[7] Art. 233.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

caso, el marido –que se ha presumido padre– ha de intentar acción de impugnación de paternidad, dentro del plazo previsto para el efecto; mientras que en el segundo evento, el que se declaró padre, ha de intentar acción de nulidad del acto de reconocimiento; precisamente este es el sentido de la resolución del pleno que se cita en el fallo de apelación, el cual debe ser correctamente entendido por los operadores jurídicos para cada caso puesto a su conocimiento; no se puede aplicar un precedente jurisprudencial que trata sobre acciones de diversa índole, como en el caso, se ha traído a colación el precedente dictado para acciones de impugnación de reconocimiento voluntario, cuando el asunto trata de impugnación de paternidad. Si se trata de citar el precedente como una guía conceptual, más no porque se adecua fáctica y jurídicamente al caso que se juzga, el operador jurídico hade ser minucioso en así señalarlo.

Así las cosas, el caso entonces versa sobre impugnación de paternidad sujeto a las normas contenidas en el art. 233 y siguientes del Código Civil.

5.2.1.1. De los plazos de caducidad:

El art. 236 del Código Civil vigente a la fecha de presentación de la demanda, prescribía:

> Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, *deberá hacerse dentro de los sesenta días,* contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.
>
> La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.
>
> Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente. (cursivas de la Sala)

Dentro del juicio de impugnación de paternidad N° 077-15, Resolución N° 034-2016, de 3 de febrero de 2016, este tribunal, por voto de mayoría, ha manifestado que, la disposición que se acaba de transcribir, ha sido objetada sobre su constitucionalidad primero, y objeto de reforma por parte del órgano legislativo después. En primer lugar, y en aplicación del art. 274 de la Constitución Política de la República de 1998,[8] la citada disposición fue declarada inaplicable dentro de un caso concreto por impugnación de paternidad y remitida al Tribunal Constitucional de ese entonces, para pronunciamiento de constitucionalidad que adquiera carácter general y vinculante en dimensión *erga omnes.* La Corte Constitucional para el período de transición, conoció la causa signada con el número de caso 0006-2008-DI, publicada en el Registro Oficial Suplemento 607 de 08.06.09, en el que entre otras cosas, sostuvo la constitucionalidad de la disposición por cuanto el plazo previsto para la caducidad de la acción defiende los derechos de niños, niñas y adolescentes, pues coadyuva a preservar su identidad. En segundo lugar, a propósito de una acción extraordinaria de protección, se cuestionó nuevamente la constitucionalidad del plazo de sesenta días facultados por la ley sustantiva civil para impugnar la paternidad de hijo/as concebidos dentro de matrimonio, -en que opera la presunción de filiación paterna de quien conste como marido de la madre (art. 233 CC).- Dentro de esta causa signada con el caso No. 0561-12-EP, sentencia No 131-15-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No 513 de 02.06.15, la Corte Constitucional del Ecuador, declaró la inconstitucionalidad sustitutiva de la disposición en marras, bajo la concepción de que "se debe propugnar que la paternidad asignada tenga un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas y no solo en una presunción legal que proviene únicamente de un estatus formal o legal", modulando el contenido del art. 236 CC, en el texto que sigue:

> Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio deberá estar acompañada de elementos, pruebas o indicios suficientes que justifiquen la existencia de una duda razonable. En esta clase de procesos, con el objeto

[8] Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.
Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

de esclarecer la verdad biológica, la autoridad jurisdiccional competente deberá ordenar la práctica de las pruebas biológicas que sean necesarias y, por su lado, las partes procesales están obligadas a acatar las disposiciones judiciales relacionadas a la práctica de dichas pruebas.

En tercer lugar, y sin embargo de lo manifestado, la Asamblea Nacional, mediante Registro Oficial Suplemento No. 526 de 19 de junio de 2015, introduce reformas al Código Civil en general y afecta el art. 236 de ese cuerpo legal en particular, -lo que significa implícitamente, que se derogó la disposición sustitutiva expuesta por la Corte Constitucional días atrás- y dentro del art 233 *ibídem*, establece:

> Art. 233.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).
>
> Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.

5.2.1.2. La protección y preservación de la filiación implica el respeto al derecho a tener una familia, a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad humana, toda vez que se encuentra en juego el estado civil de las personas como uno de los atributos de la personalidad que permiten su identificación individual y social.

Como se ve, debido a la importancia y sensibilidad de la disposición inicial contenida en el art. 236 del Código Civil, es que ha sido objeto de pronunciamientos incluso contradictorios por parte del máximo órgano de justicia constitucional del país, y de reforma por parte del órgano encargado de legislar; en este sentido, y teniendo en cuenta la importancia actual de la prueba pericial de ADN, en razón de la certeza que entrega acerca de la filiación de las personas, es que por parte de la Corte Constitucional y de la Asamblea Nacional, se ha pretendido prevalecer la verdad fáctica antes que la verdad/identidad social.

La discusión y el debate sobre este asunto, ya se ha dado en otros países, por ejemplo en España y Colombia, el debate constitucional ha dado como resultado el criterio por el cual la existencia de un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad de hijo/as habidos dentro de matrimonio, ha sido declarado constitucionalmente valido, así, el Tribunal Constitucional español, ha dicho que:

> [...] el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito *(tacens consentit si contradicendo impediré poterat),* tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (art. 39.1 y 2 CE). Así lo impone la primacía del interés de los menores [...][9]

En Colombia también se ha manifestado que el establecimiento de un plazo razonable para deducir acción de impugnación de paternidad matrimonial, (en que opera la presunción) es constitucional[10]. Lo que en ambos casos se ha reprochado desde el punto de vista constitucional –teniendo disposiciones muy similares a la nuestra en cuanto la presunción de paternidad y al plazo de impugnación– es el momento exacto a partir del cual debe contarse como inicio del plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria; así, en Colombia se ha dicho que el plazo de 140 días que prevé la ley para la caducidad de la acción que tratamos, debe principiar desde que el padre tuvo conocimiento que no es el padre biológico, "[...] el término de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en todos los casos es de 140 días, *'siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico"*[11].

[9] Tribunal Constitucional de España, Sentencia 138/2005, de 26 de mayo de 2005, dentro de la cuestión de inconstitucionalidad 929/1996, disponible en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2005-10545.pdf.

[10] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-160-13, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-160-13.htm.

[11] Ibídem.

5.2.2. Del interés superior niño/a:

El principio del interés superior de niñas y niños, ha constituido la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha elevado a rango de norma fundamental, en cuya consecuencia las legislaciones nacionales han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico, asimismo se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda autoridad[12], en aquellos cosas en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han encontrado grandes dificultades a la hora de definir con exactitud qué es interés superior de niñas y niños, por ella, se ha dicho acertadamente que la noción del interés superior, es un principio indeterminado que entrega un gran margen de discreción al intérprete, quien a través del análisis de las particularidades de cada caso, ha de saber darle un contenido más o menos concreto.

Sin embargo de lo dicho, se puede manifestar a grandes rasgos que "[...] el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican."[13]

Ahora bien, pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone *per se*, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes. En tal virtud, el reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos; de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento, y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos.

Por lo dicho hasta aquí, este órgano estima que acierta el tribunal de instancia, al hacer suya, -sin citar- la doctrina de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, por la cual,

> [...] el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. AI contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,[15] solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal [...][16]

A pesar de la amplitud intrínseca de la noción del interés superior, y que obliga al análisis concreto y particular de cada caso, se pueden determinar al menos dos parámetros generales a tener en cuenta por toda autoridad jurisdiccional al momento de definir qué significa el principio del que tratamos, en asuntos bajo su conocimiento; estos dos parámetros son: **i)** consideraciones fácticas, que a su vez implica una lectura integral de todas las particularidades que rodean al caso concreto; y, **ii)** consideraciones jurídicas, que supone el estudio del ordenamiento jurídico aplicable, para la consecución del desarrollo armónico e integral de menores de edad.[17]

---

[12] Miguel Cillero Bruñol, "El interés superior del niño en el marco del Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño", en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, (edit), *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia,* Quito, 2010, p. 97, disponible en http://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf.

[13] Ibídem, p. 99.

[14] Domingo A. Lovera Parmo, "Nino, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía", en Miguel Cillero, director, Justicia y Derechos del Niño, Número 11, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia _y Derechos 11_ web.pdf.

[15] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

[16] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-397 de 2004 (Ponente, Manuel Cepeda Espinosa).

[17] Ibídem.

En definitiva entonces, se puede afirmar que el principio de interés superior, no solo entraña el reconocimiento y defensa de los derechos constitucionales de niñas y niños, sino que además se debe garantizar que el ejercicio de esos derechos, se los realice por parte de sus titulares, en la medida que estos se encuentren en la capacidad de hacerlo, pues no puede retrocederse al paradigma ya superado de la situación irregular, basado en la "incapacidad" o "carencia" de los niños/as, en cuya razón los adultos/as son quienes deciden desde fuera que es lo mejor para niños, niñas y adolescentes.

> La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.[18]

Por tanto, el principio de interés superior ha de poder ser conciliado, como aquel que garantice y contribuya al desarrollo armónico, estable e integral de niñas, niños y adolescentes; así entonces, el interés superior de niñas y niños, solo ha de verse traducido en la práctica cuando se produzca una satisfacción integral de sus derechos.

5.2.3. De las circunstancias fácticas:

El tribunal de apelación, luego de manifestar la imposibilidad de realización de la prueba de ADN entre los sujetos procesales, entre varias otras circunstancias, que da por ciertas en su fallo, indica:

> CUARTO [...] En esta instancia, [...] de la lectura de las pruebas aportadas por el actor se deduce que efectivamente ha ingresado al Ecuador el 25 de septiembre del año 2010 (fs. 110 y 118), dos años antes de presentar esta acción de impugnación de paternidad [...] Consta a fojas 120 que no se puede realizar la prueba de ADN por la falta de comparecencia de Rosa Ríos y Alex Ulloa, además a fojas 122 a 126 se incorpora la historia clínica de Rosa Elvira Ríos Palomeque, en la que no consta haber sido tratada de un parto. Con los documentos que el actor adjunta con relación a su estadía en los Estados Unidos, *no queda determinada la fecha en la que él dice haber salido del país, no existe prueba suficiente de aquello, por lo que el Tribunal no tiene la certeza de lo afirmado por MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA, cuanto sí que ha ingresado al país en el mes de septiembre del año 2010*, esto es dos años antes de presentar esta acción, por lo que está plenamente justificado que el debió haber convivido durante este tiempo en compañía de ROSA ELVIRA RIOS PALOMEQUE y del niño NN, [...] A fojas 82 consta una denuncia de ROSA ELVIRA RIOS PALOMEQUE al comisario de policía del cantón Gualaceo con fecha 7 de diciembre de 2011, dando a conocer actos de violencia en su contra por parte de MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA, y pide que se dicten medidas de amparo para precautelar su seguridad y la de su hijo NN, *de fojas 87 a 92 se incorpora un informe Psicológico del niño NN, del que se puede obtener datos pavorosos del comportamiento de MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA en contra del niño NN,* la psicóloga Andrea Malo relata sus impresionantes conclusiones partiendo del hecho de que MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA, es actor de actos violentos en contra de ROSA RIOS y de ALEX MANUEL, quien por resistirse a pagar pensión alimenticia por cuanto convive con otra pareja, ha involucrado en este problema a los familiares biológicos de NN, haciéndoles llegar tanto a él como a ROSA ELVIRA RIOS amenazas constantes, *motivo por el cual el niño se encuentra en un estado psicológico grave, al punto de expresar frases como: 'Si me van a hacer eso entonces yo me mato, ya hasta le he dicho a mi mami que veamos un día que el río esté bien crecido ella me abraza y nos lanzamos, porque yo ya no quiero me sigan*

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995.

molestando'. Así mismo relata la psicóloga que el niño le transmitió hechos como los que vivió junto a MANUEL ULLOA ULLOA, quien cuando tenía *'iras les sacaba de la casa y hacía que duerman en el piso'*, y lo que hasta causa pavor de la maldad humana, cuando el niño detalla a la psicóloga lo siguiente: *'Siempre me hacía comer brócoli y coliflor hasta las 10h10, me metía la comida en la boca y como ya tenía mucha comida, arrojaba entonces me hacía que coma el vomitado, mientras mi mami estaba afuera porque· no le dejaba entrar a estar conmigo'. (frases que causan enorme impacto emocional en estos juzgadores).* Así mismo de este informe psicológico se desprenden hechos narrados por la señora ROSA ELVIRA RIOS PALOMEQUE que manifiesta que su cónyuge MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA estuvo al tanto de los hechos de la inscripción de NN por cuanto inclusive voluntariamente envió su cédula de identidad desde los Estados Unidos para que proceda con la inscripción del niño, cuyas afirmaciones no se encuentran desvirtuadas en el proceso, así como la psicóloga deduce que los actos de violencia e impugnación de la paternidad surgen a raíz del divorcio de la pareja donde nace una obligación de pagar pensiones alimenticias por parte de MANUEL ULLOA en favor de NN [...] 5.3.-De las consideraciones realizadas anteriormente el Tribunal obtiene las siguientes deducciones, *MANUEL JESÚS ÁNGEL ULLOA ULLOA, no mantiene afecto hacia el niño NN [...]* 5.4.- El niño NN ya se encuentra orientado, incluido, o formando parte de un status social, económico, cultural en el que se formó prácticamente desde su nacimiento, con su nombre, con su familia; *no se puede interrumpir o romper ese entorno o esa realidad en la que se encuentra inmerso, quitándole su identidad que él la tiene como suya.* (Cursivas y subrayado no originales)

De lo que se acaba de transcribir, se puede colegir lo siguiente: Por un lado, el tribunal de apelación, relata una serie de hechos vejatorios provocados por el padre del niño hacia este último, circunstancias que han causado consternación a los operadores jurídicos, manifestando además que el niño no se desenvuelve dentro de un ambiente de afecto con respecto a quien figura como su padre. De otro lado, sostiene que la defensa y conservación del derecho a la identidad del niño, es primordial en el asunto bajo estudio y desecha la demanda.

Como se ve, el tribunal de alzada ni siquiera trata de realizar un enlace entre las premisas fácticas y la decisión final. Tampoco existe un análisis de como los maltratos inducidos par el padre del niño en su contra influyen en su desarrollo armónico, ni en los posibles daños a los que el niño puede ser expuesto, al conservar una filiación basada en el desafecto y en el maltrato tanto físico como psicológico.

En el caso bajo estudio, el niño demandado, que previo a la fecha de expedición de la sentencia de segunda instancia, tenía más de nueve años de edad, luego de los actos de abuso que se han relatado en el fallo en comentario y que posiblemente se configuran en un ilícito penal,[19] ni siquiera es llamado a ser escuchado directamente por parte del tribunal *ad quem,* y lo q resulta peor, ni siquiera se ha tomado en cuenta, su opinión indirectamente expresada durante una entrevista sicológica, en la que el niño, exterioriza su deseo de "quitarse la vida junto con su madre", si la situación de maltrato persiste.

La crudeza de los eventos de maltrato provocados por el demandante en contra de su hijo, no solo que ponen en grave riesgo la integridad física del niño, sino que además, han alterado su equilibrio sicológico y emocional, cuando manifiesta su deseo de quitarse la vida, situación que muestra su grave estado psicoemocional. Estas situaciones, sin duda alguna, no contribuyen al desarrollo armónico e integral del menor de edad. El peligro inmi-

[19] **Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar**
Art. 155.- Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.- Se considera violencia toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.
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, íntimas, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación.

nente y la gravedad de los actos de los que el niño dice ser víctima, y que sin pudor alguno, el propio padre en su escrito de casación, en su afán desesperado por que excluyan de su apellido al niño demandado, reconoce cuando dice "en la misma sentencia ustedes si analizan los maltratos que el niño está sufriendo por parte del supuesto padre [...]"[20] constituyen el escenario insoslayable sobre los que se ha adoptar la decisión final en el presente caso.

5.3. Consideraciones finales:

Cuando este tribunal, ha manifestado su posición de defensa del derecho a la filiación paterna de hijos/as cuya paternidad se pretende desvanecer posterior a los plazos establecidos en la ley civil (vigente previa las reformas de junio 2015), ha entendido que lo que está protegiendo en un plano inmediato es el equilibrio emocional del niño, que un plano mediato contribuirá para un mejor desarrollo personal que se ha de ver reflejado en la sociedad. La defensa que este tribunal ha realizado en la conservación de los nombres y apellidos de las y los niños, ha encontrado sustento en su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida que desposeerlos de su identidad, supondría un grave traspié en su desarrollo integral. En esta línea de análisis, se puede decir que el derecho de identidad es defendido dentro de las condiciones que el ordenamiento jurídico prevé, en aquellos casos, en que niños, niñas y adolescentes, se encuentren en pleno goce y ejercicio de este derecho, y que su conservación y fortalecimiento, contribuyen con su armónico y adecuado desenvolvimiento íntimo, personal y social.

En el *sub lite,* sucede todo lo contario, pues la conservación del vínculo de filiación del niño con respecto a su padre, está provocando graves trastornos emocionales y psicológicos en el niño, situación que desde el punto de vista de su interés superior es inaceptable (arts. 44 CRE, 3.1 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño). En el marco de las circunstancias específicas que se juzgan, conservar el vínculo filiatorio del niño con su padre, resulta altamente perjudicial para el ejercicio de otros derechos del niño, como son estudio, alimentación, recreación, salud, etc., que le permitan desarrollarse en un ambiente sano y adecuado capaz de potencializar sus virtudes.

Este tribunal estima, que en el presente caso por las sensibles situaciones que se han descrito, la decisión de conservar el derecho de filiación del señor Manuel Jesús Ángel Ulloa Ulloa, con el niño NN, colocan en grave peligro la integridad física y emocional del niño; razón por la cual, pese a que la acción de impugnación de paternidad ha sido planteada fuera del plazo previsto por la ley vigente a la fecha de presentación de la demanda; considerando el alto interés superior del niño, y el deber del Estado, y la sociedad, de amparar su bienestar, y tomar en cuenta su opinión, se declara que el señor Manuel Jesús Ángel Ulloa Ulloa, no es el padre del niño NN, quien podrá conservar el apellido paterno, si así lo desea, solo para efectos de ser conocido y reconocido en la sociedad, mas no como vínculo de filiación.

Esta decisión se toma con base en las siguientes consideraciones fácticas jurídicas:

Fácticas: **(1)** Resistencia a la realización de la prueba de ADN, por parte de la madre personalmente, y en representación de su hijo. **(2)** Las varias y concordantes declaraciones de la madre del niño en que manifiesta que el actor no es el padre biológico del menor de edad. **(3)** Los graves actos de maltrato físico y sicológico proferidos por quien consta como padre del niño.

Jurídicas: **(1)** El deber del Estado, la sociedad y la familia de proteger a niños., niñas y adolescentes de todo maltrato y de procurar su desarrollo integral (arts. 44 CRE, Preámbulo y 3.1. de la Convención internacional sobre los derechos del niño; y 1 CNA). **(2)** Interés superior de niñas y niños (arts. 44 CRE, 3.1. Convención sobre los derechos del niño y 11 CNA). **(3)** El derecho de los niños/niñas a la integridad física y psíquica en respeto a su dignidad humana, (arts. 45 CRE y 51 lit. b) CNA).

5.3.1. Al adecuarse los hechos relatados por el niño recogidos por el tribunal ad quem, y reproducidos en el punto 5.2.3. del presente fallo, a la definición de maltrato dada por el legislador, en el Código de la Niñez y Adolescencia,

[20] Recurso extraordinario de casación, folios 141 del cuaderno de apelación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

TITULO IV
DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL MALTRATO, ABUSO, EXPLOTACIÓN SEXUAL, TRÁFICO Y PERDIDA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Art. 67.- Concepto de maltrato.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.

[...]

Este tribunal, dispone, que se remitan copias certificadas de la causa, a la fiscalía del Azuay para su investigación; además, la o el juzgador de ejecución deberá disponer dentro del presente caso, las medidas de protección que se estimen adecuadas en defensa del bienestar del niño demandado.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA:

6.1. En virtud de las consideraciones expuestas a lo largo del presente fallo, este Tribunal Único de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, con base en el principio de interés superior; así como por la obligación de protección de los derechos de niñas y niños, con el objeto de alcanzar su bienestar y desarrollo armónico,

6.2. "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", casa la sentencia recurrida, y que fuera emitida por el tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15 de enero de 2015; las 15h40;

6.3. Conforme el análisis del considerando 5.3. del presente fallo, se declara que el accionante, señor Manuel Jesús Ángel Ulloa Ulloa, no es el padre biológico del menor de edad NN, quien podrá conservar el apellido paterno, si así lo desea, solo para efectos de ser conocido y reconocido en la sociedad, mas no como vínculo de filiación. Confiéranse las copias necesarias para la marginación de lo resuelto, en la partida de nacimiento respectiva, y que tiene el siguiente detalle: Tomo I, Página 356, Acta 356, efectuada el 8 de marzo de 2007, en el Registro Civil del Azuay.

6.4. Por secretaría cúmplase con lo dispuesto en el considerando 5.3.1.

6.5. Asimismo, el o la jueza de ejecución, deberá disponer las medidas de protección necesarias con el objeto de precautelar el bienestar integral del niño. Con el ejecutorial devuélvase el expediente a la jurisdicción de origen. Sin Costas ni multa. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio JUEZA NACIONAL, VOTO CONCURRENTE.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VOTO CONCURRENTE

Juicio No. 0028-2015

Jueza Ponente: Dra. Rocio Salgado Carpio

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

Quito, martes 5 de julio del 2016, las 08h44.-

VISTOS: (No. 0028-2015)

Concurro con mi voto a la decisión de la sentencia emitida por el Tribunal Único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en el Caso No. 0028-2015, en la que creo pertinente agregar lo siguiente.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

1.1.- SOBRE LA PROCEDIBILIDAD Y PROSPERIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.-

1.1.1.- La caducidad, plazo prefijado, forma parte de los requisitos de procedibilidad y prosperidad de la acción; consiguientemente, si al momento de dictar sentencia el Juez o Jueza determina que ha operado esta institución jurídica, simplemente la declara sin entrar al fondo de la cuestión debatida, lo que configura cosa juzgada formal, no material; la cosa juzgada formal supone la inimpugnabilidad de la sentencia, pero, la posibilidad de iniciar *"otro juicio que permita la obtención de un resultado distinto al alcanzado en el anterior juicio tramitado entre las mismas partes"*[1].

1.1.2.- Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia, subraya la obligación de aplicar el principio del interés superior; en esta virtud, las resoluciones sobre filiación de menores dictadas sin la prueba del ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial (Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1998 de 01-ene.-1998).

1.1.3.- La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 131-15-SEPCC (R.O.S. No. 513, 2/06/2015), elimina el plazo para la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad previsto en el artículo 236 del Código Civil (sentencia posterior al inicio del presente caso); ahora bien, el máximo Tribunal de justicia Constitucional no modula los efectos temporales de su resolución, debemos entender, por tanto, que rige para lo venidero; no obstante, como se sostiene ut supra, los casos de filiación pueden causar cosa juzgada formal o material; en los primeros se deja abierta la posibilidad de volver a presentar nuevamente la acción, criterio reforzado tanto par la Corte Constitucional como por la Asamblea[2], al eliminar el plazo para la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad al no existir impedimento constitucional ni legal para volver a interponerla, en vigencia del artículo 233 CC:

> *"El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)...".*

1.1.4.- En este orden de ideas, los jueces y juezas como garantes de derechos, en un escenario de vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, la tutela judicial efectiva, derecho consagrado en la Constitución de la República, artículo 75, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, cobra significativa importancia pues, refuerza el derecho de las y los ciudadanos de acceder a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses, y obtener de ellas pronunciamiento que, garantice su vigencia y efectividad.

1.1.5.- Los principios de celeridad y eficiencia en la administración de justicia, recogidos en los artículos 18 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, garantizan a las y los ciudadanos ecuatorianos el no permanecer en estado de indefinición jurídica, más del tiempo estrictamente necesario, por tanto, el trámite deberá concluir dentro del menor tiempo posible, con el pronunciamiento

[1] *CNAT **Sala III** Expte n° 3357/04 sent. 87720 28/4/06 «Parra, Gabriel c/ ADECCO Recursos Humanos Argentina SA s/ despido» (Porta. Eiras.)*

[2] Ley Reformatoria al Código Civil, R.O.S. No. 526, 19/06/2015.

del fondo de la cuestión debatida; más aún, en temas de filiación en los que se debate el derecho a la identidad, derecho/principio que compromete el núcleo duro de los derechos de los niños/as, su interés superior exige reforzar la debida diligencia.

1.1.6.- En ocasión anterior la Sala, ha sostenido:

> ***"5.7.-*** *El tema de la filiación trasciende el ámbito legal, y, si bien el artículo 7.2 del CC apunta: "el estado civil adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes a él se subordinaran a la ley posterior, ora constituya nuevos derechos u obligaciones o modifique o derogue los antiguos..."; el mismo artículo en el inciso 4 prescribe: "Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que las impusiere una ley posterior". Este Tribunal, acoge el criterio del constitucionalista argentino Germán Bidart Campos: "en cuestiones vinculadas con la filiación y legitimación, el techo no está constituido por el Código Civil (pues por encima)... está la Constitución y están los tratados internacionales,...derechos que ni la ley ni los jueces pueden resolver sin subir un peldaño más arriba..." (Bidart Campos, Las realidades biológicas y las normas jurídicas), es decir, las reglas se subordinan a los principios en un estado constitucional de derechos y justicia*[3].

1.2.- SOBRE LA PRESUNCIÓN DEL MARIDO COMO PADRE:

Sobre la presunción de la paternidad del marido, contenida en el artículo 233 del Código Civil, en relación con el artículo 246, ibídem, esta Jueza, se ha pronunciado en el voto salvado, juicio no. 192-2014:

- "... las presunciones de matrimonialidad son fruto de una clasificación superada de reconocimiento o no de derechos entre hijos nacidos dentro de matrimonio (hijos legítimos y por tanto con protección total a nivel jurídico) o fuera de él (hijos ilegítimos, y por ende sujetos a la vulneración y distinción discriminatoria de sus derechos). Distinción producto de una concepción del matrimonio como fuente de la familia legítima y objeto principal de la regulación del derecho de familia, otorgándole carácter de sagrado, depositando en el: "el valor de la tradición y de las creencias de una nación...ante todo subordinar la norma jurídica a la moral, a la recta razón y a las verdades trascendentes de la religión"[4]. Matrimonio basado en postulados del cristianismo y particularmente en el Derecho Canónico. Presunción de paternidad que respondía "a las costumbres y moralidad de una época en que la protección a la familia matrimonial era absoluta y por encima de cualquier otra forma de organización social. Anteriormente la dificultad probatoria para determinar la paternidad o no del marido, obligó a crear sistemas de impugnación de paternidad cerrados, y cuya legitimación activa era dada exclusivamente al marido"[5], de ahí que contra ésta presunción no cupiese prueba en contrario[...] en el contexto de un estado constitucional de derechos y justicia que reconoce la prevalencia e importancia del vínculo padre-hijo/a, por sobre la relación conyugal y, el desarrollo de la ciencia; la presunción de la paternidad del marido, pierde fuerza, admite prueba en contrario y no es de obligatoria aplicación, en razón de que se puede establecer la filiación de muchas formas y con mayor certeza, elementos que convierten a esta presunción en simplemente legal".

1.3.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, artículo 44 de la Constitución:

Este principio fundamental en materia de niñez y adolescencia[6], tomado del artículo 3.1 de la

[3] Juicio 0077-2015, voto salvado ponente Rocío Salgado, y Juicio 0182-2015

[4] J. LARREA HOLGUIN, *Compendio de Derecho Civil del Ecuador,* Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1968, pag. 258.

[5] *Eva Camacho Vargas,* Jueza de Familia, Primer Circuito Judicial de San José y Magistrada Suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, La filiación matrimonial y la presunción de paternidad del marido, http://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-1?id=21

[6] El Comité de los Derechos del Niño, considera al ***interés superior***, en una triple dimensión, derecho sustantivo, principio interpretativo fundamental y/o norma de procedimiento. (Comité de los derechos del niño, 62° periodo de sesiones, documento CRC/C/CG/mayo 2013).

Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es la directriz para subrayar el reconocimiento y la obligación del estado, la familia y la sociedad toda, en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes en reconocimiento de su condición de sujetos de plenos derechos, y, en la protección especial atendiendo a su condición de seres humanos en desarrollo. Noción relacional que, palmariamente, impone su prevalencia en caso de conflicto con derechos de igual jerarquía, por sobre los de las madres, los padres, la sociedad y el estado; consecuentemente, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarios de forma efectiva en todo proceso judicial o administrativo; la jurisprudencia internacional señala que, *"no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad"*[7], dejando claro, que las decisiones que se tomen deben ser traducidas en acciones que garanticen condiciones de dignidad en correspondencia con su condición especial y se materializaran en calidad de vida, de forma tal, que ellos/ellas lo sientan y lo perciban en la cotidianidad; este principio, vertebrador de la doctrina de la protección integral, sintetiza la obligación del estado, la familia y la sociedad en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos para este grupo humano de atención prioritaria.

2.- SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD:

2.1.- El artículo 66.28 de la Constitución señala:

- *Artículo 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.*

Este principio/Derecho, encuentra su fundamento axiológico en la dignidad humana y presupone una multiplicidad compleja de aspectos y elementos vinculados, unos de carácter psicológico, somático, otros espirituales y/o culturales, religiosos, ideológicos, políticos, etc., con predominio de unos sobre otros. Para el jurista peruano Fernández Sessarego, se trata de un *"conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, que perfilan el "ser uno mismo" el ser diferente a los otros constituye, entonces, la identidad personal... la identidad, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. Una estática, inmodificable o con tendencia a no variar... conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento etc; y otra dinámica, mutable en el tiempo...que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad, constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales"*[8].

2.2.- En acuerdo con lo transcrito, se advierte que el Tribunal plural recorta la identidad al circunscribirla a uno solo de los elementos: el nombre, si bien es cierto que éste, la nacionalidad, la imagen, el emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética, forman parte de la identidad estática, permiten la identificación de los sujetos, no podemos reducirla a ésta, pues al ignorar sus creencias, valores, aptitudes, relaciones, metas, que pueden integrarse en un plan de vida a la luz del libre desarrollo de su personalidad (identidad dinámica), se presenta una noción fracturada de este derecho que perfila el SER, y se corre el riesgo de provocar un análisis parcial e incompleto.

3.- SOBRE LA FILIACIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD

3.1.- La Sala se ha pronunciado sobre la filiación, como el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad que vincula a padres y madres con los hijos/as; relaciones que se establecen por diferentes caminos, trasciende el ámbito legal y extiende el debate hacia los principios constitucionales que coexisten, y, muchas veces entran en contradicción: por una parte *la verdad biológica* y de otra *la protección de la familia;* la vida familiar, no solo basada en el matrimonio y/o en la convivencia, pues puede resultar de otros factores que establezcan una relación constante que

[7] Corte I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.
[8] Fernandez Sessarego, en Andres Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Tomo II, Ediar, 2006, pag. 708.

genere vínculos familiares de facto[9], consiguientemente: *"el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria"*[10].

3.2.- En esta línea, doctrinariamente se recalca en la necesidad de lograr la mayor concordancia posible entre las diferentes *verdades* que, como ha venido sosteniendo este Tribunal, configuran *la identidad,* siguiendo el pensamiento de Malaurie: *la verdad afectiva, (verdadero padre es el que ama), la sociológica (que genera posesión de estado); la de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la del tiempo, (cada nuevo día la paternidad o maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo)*[11], asunto que es, sin duda, uno de los más importantes retos del derecho de familia, pues son verdades claves en la constitución de la identidad de las personas, y deben ser ponderadas al momento de la aplicación del derecho al caso real.

3.3.- En consecuencia, como se ha acentuado[12], lo que habría que atender son las circunstancias fácticas de cada caso, es decir, habría que considerar la edad del hijo/hija, la conformación del grupo familiar en el cuál esta inserto/a, las relaciones familiares previas, y cualquier otra circunstancia, que mejor concilie todos los intereses en juego, si el hijo/hija goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, o si el hijo/hija es tratada como tal por el marido de la madre, a la luz del interés superior del niño, niña y adolescentes, y el derecho a la identidad, principio fundante de la dignidad humana.

4.- EN EL CASO CONCRETO

4.1.- En este caso, el mantener una paternidad simplemente formal, producto de una presunción legal, vulnera el principio del interés, o mejor interés del niño; es obligación de los juzgadores aplicar este principio para hacer realidad la vigencia y efectividad de todos sus derechos, en este marco debe prevalecer la verdad material frente a la paternidad formal; privilegiando la estabilidad emocional y psicológica del niño, puesto que es el actor el que no solo impugna la paternidad, sino la persona con acciones violentas físicas y psicológicas ha suscitado el desarrollo de estados de ansiedad e ideas suicidas en el niño, lo que indudablemente rompe toda posibilidad de establecer y mantener la más mínima relación, menos la paternofilial.

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL (VOTO CONCURRENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[9] SENTENCIA 182-15, Jueza Ponente Rocío Salgado.
[10] Eduardo Zannoni, "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: Nuevo paradigma en el Derecho de Familia?", LL, 1998-C-1179.
[11] Malaurie, Philippe. En la semanine juridique 26/03/2003.
[12] Juicio 0077-2015, voto salvado ponente Rocío Salgado, y Juicio 0182-2015 voto de mayoría, ponente Rocío Salgado.

IV

Resolución nro. 297-2016
Juicio nro. 142-2016

Juicio por impugnación de paternidad, propuesto por Segundo Eduardo Paca Chauca, en contra de Martha Mercedes Paca Villa

SÍNTESIS

SEGUNDO EDUARDO PACA CHAUCA, acude a demandar la impugnación de paternidad de su hija. Dentro del término legal probatorio el actor ha solicitado que se lleve a cabo el examen de ADN, sin embargo de lo cual, no acudieron ni la demandada ni su hija, lo que hace presumir que su intención fue ocultar la verdad. En la parte resolutiva, se acepta la demanda de Impugnación de Reconocimiento de la Paternidad, aclarando que la sentencia es de carácter eminentemente formal y no material.- La demandada, apela de la sentencia ante la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en cuya sentencia el Tribunal expresa que la Corte Constitucional ha señalado que la realización de una prueba ordenada legalmente por un juez no es una prerrogativa discrecional de las partes, sino una obligación. Luego del análisis realizado, el Tribunal de instancia concluye que la acción de investigación de la paternidad en la que se requiere prueba de ADN, no puede depender de la voluntad del demandado a realizarse o no la pericia médica, pues de ser así, se convertiría en un exceso del derecho, por estas y otras razones se rechaza el recurso de apelación presentado.- Frente a este resultado, la demandada, interpone RECURSO DE CASACIÓN e invoca las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Por la causal primera alega aplicación indebida de normas de derecho; y, por la causal tercera, alega que el juzgador debió aplicar las normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y del Código Civil. El Tribunal de Casación, entre los argumentos de su análisis expresa, en sentencia de mayoría, que la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de la niña, no se enmarca dentro de la línea jurisprudencial trazada por ese tribunal de justicia. Sobre la irrevocabilidad del acto de reconocimiento voluntario, a diferencia de la acción de nulidad de este acto cuando se encuentra viciado por falta de los requisitos para su validez, señala que dicha acción le pertenece al padre, con la carga de probar, de qué manera el error, la fuerza o el dolo, vició su consentimiento y en forma coadyuvante, la exclusión de su paternidad a través de la prueba científica del ADN, legalmente practicada. En tal virtud, CASA la sentencia y declara sin lugar la demanda por improcedente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 142-2016

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, miércoles 5 de octubre del 2016, las 16h47.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

1.1 Relación de la causa:

El señor Segundo Eduardo Paca Chauca, de estado civil soltero, ha comparecido ante la jurisdicción del cantón Alausí –impugnando la paternidad- de la menor Janeth Elena Paca Paca, representada por el curador que se designe o por su madre Martha Mercedes Paca Villa, obteniendo en segunda instancia sentencia confirmatoria de la dictada en primer nivel, que acepta la demanda de –impugnación de reconocimiento de la paternidad-[1]

1.2 Inconforme con la decisión dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 21 de enero de 2016; las 14h43, la demandada interpone recurso de casación, el que ha sido admitido a trámite en auto dictado el 15 de junio de 2016; las 15h36, por la señora conjueza nacional Dra. Janeth C. Santamaría Acurio, razón por la cual accede previo sorteo legal de la causa a este tribunal único de la Sala para su conocimiento y resolución de fondo.

1.3 Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

Los cargos admitidos en contra de la sentencia, se encuentran fundamentados en los numerales 1 y 3 del art. 3 de la Ley de Casación (en adelante LC).

Por causal primera, aplicación indebida de las normas de derecho contenidas en el artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA); arts. 66.28, 169, 172 inciso primero de la Constitución de la República (en adelante CRE), en concordancia con el art. 334 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC).

Y por causal tercera, que no se ha considerado lo que disponen los arts. 44 y 45 CRE y se ha dejado de aplicar la Resolución N° 05-2014, emitido por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 346, de 2 de octubre de 2014.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA

En conocimiento del tribunal único de la Sala, para resolver se considera:

2.1 COMPETENCIA:

Este Tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 CRE, en relación con los artículos 183 y 189 COFJ, reformados por los artículos 8 y 11;[2] artículo 1 LC y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición N° 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 01-2015, de 28 de enero 2015, respecto a la nueva conformación de la Salas de este Órgano Jurisdiccional.

2.2 Fundamentos del recurso de casación interpuesto:

2.2.1 Por causal primera del art. 3 LC:

Alega aplicación indebida de normas de derecho que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia que confirma la subida en grado y acepta la impugnación de reconocimiento de la paternidad en contra de su hija menor de edad, manifiesta que la sentencia invoca el artículo innumerado 10 CONA, art. 66. 28, 169 y 172 inciso primero CRE, en concordancia con el art. 334 CPC; considera que al encontrarse prohibido por la Constitución, no se puede obligar a una niña a realizarse el examen de ADN; ni establecer que la negativa a la práctica de este examen, sirve de

[1] Ver sentencias de primera y segundas instancias, fs. 62-65; 44-45 de los respectivos expedientes.
[2] Ver suplemento del R.O. N° 38 del 17 julio 2013.

fundamento para descartar su filiación, pues considera que el derecho a la identidad no pertenece solo a la niñez y adolescencia.[3]

2.2.2 Por causal tercera de la Ley de Casación:

Alega que el juzgador debió aplicar las normas del CONA, del Código Civil, y que hay falta de aplicación de preceptos de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia; se refiere al pronunciamiento de la Corte Provincial, respecto a la falta del examen de ADN; y cita como infringidas los arts. 44 y 45 CRE y la Resolución N° 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el S.R.O. N.° 346 de 2 de octubre de 2014.

3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

De conformidad con el cuadro procesal expuesto ante este Órgano de Justicia, al tribunal de casación le corresponde en primer lugar dilucidar lo relacionado con el ejercicio de la acción de impugnación intentada. Al efecto, nos permitimos formular la siguiente interrogante, que resume el problema jurídico planteado a través del recurso interpuesto: ¿Cuáles son los presupuestos legales de procedencia de la acción de impugnación del reconocimiento voluntario de un hijo/a; y cuales cuando se alega como fundamento vicios en el consentimiento prestado para la celebración del acto?

4. RESOLUCIÓN FUNDAMENTADA DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

4.1 Examen de los cargos que se formulan por causal tercera de la Ley de Casación:

Corresponde iniciar el análisis de los cargos que se formulan por causal tercera, al respecto se subraya, que esta causal trata sobre los errores de derecho o violación indirecta de la Ley, que se produce cuando el juzgador/a aplica en forma indebida, no aplica, o realiza una interpretación errada de normas jurídicas expresas que regulan la valoración de la prueba. Sin embargo no es suficiente la acusación de un error, sino que además haya servido de medio para que en la sentencia se produzca la violación indirecta de una norma sustantiva; en relación a la naturaleza del recurso y en lo atinente a esta causal, se precisa, que los hechos fijados en la sentencia de apelación en principio son inamovibles, pues esta labor pertenece en forma exclusiva al tribunal de instancia, salvo que existan errores de juicio en el razonamiento probatorio, que lleven a establecer en la sentencia conclusiones alejadas de la realidad fáctica.

Examinados los cargos que se formulan con fundamento en esta causal vemos, que no existe en el planteamiento del recurso, -la proposición jurídica completa-, pues si bien se enuncian normas sustantivas supuestamente infringidas, no se determina ningún precepto jurídico de valoración de la prueba que haya servido de medio para su vulneración, condición indispensable que exige la técnica casacional, sin la cual este tribunal por el principio dispositivo, se ve impedido de subsanar las deficiencias anotadas, pues es el recurrente quien fija el objeto del recurso materia de análisis de este tribunal, relevándonos por esta razón de su examen.

4.2. Examen de los cargos que se formulan por causal primera de la Ley de Casación:

4.2.1 Acerca de la causal primera del art. 3 LC:

Al interponer el recurso con fundamento en la causal primera del art. 3 LC, no corresponde revisar el ejercicio de valoración probatoria realizada por el tribunal de apelación, pues a propósito de la infracción directa de la norma sustantiva que contempla esta causal, el órgano jurisdiccional de control casacional, parte de la premisa por la cual, el quejoso se encuentra en plena concordancia con las conclusiones fácticas a las que llega el tribunal de segunda instancia, no así con la subsunción de ese cuadro fáctico a la norma sustantiva, razón por la cual, los hechos en este nivel, son ya incontrovertidos; y el análisis del tribunal se encaminará a verificar si se ha producido el vicio de aplicación indebida de normas de derecho alegado por quien recurre. A propósito de esta causal de casación, en la doctrina se ha expresado. *"Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sustancial se da cuando estas 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 trasciende a la parte resolutiva del fallo (...)*[4]

[3] Ver recurso de casación fs. 51 del expediente de segunda instancia.

[4] Murcia Ballen, Humberto. Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pág. 354.

4.2.2 Sobre los cargos que se formulan a la sentencia, al amparo de esta causal de casación:

Los cargos que fundamentan esta causal por aplicación indebida de normas de derecho, artículo innumerado 10 CONA, art. 66. 28, 169 y 172 inciso primero CRE, en concordancia con el art. 334 CPC, encuentran justificación en que, de acuerdo con la Constitución según su decir, no se puede obligar a una niña a realizarse el examen de ADN; ni establecer que la negativa a la práctica de este examen constituye suficiente fundamento para descartar la filiación, pues considera, que el derecho a la identidad no pertenece solo a la niñez y adolescencia.

Las normas invocadas en su orden prescriben lo siguiente: el art. 10 CONA, enmarcado dentro del Título V, "DEL DERECHO A ALIMENTOS", en relación a la obligación del presunto progenitor, en lo pertinente dice: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las prueba científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario (...); el art. 66. 28, CRE, dentro de los derechos de libertad, consagra el derecho a la identidad personal; por otra parte, los arts. 169 y 172 inciso primero ibídem, tratan sobre el sistema procesal los fines y principios en los que se inspira; las obligaciones y responsabilidades de los servidores/as judiciales en el ejercicio de sus funciones; y por último el art. 334 CPC, se refiere a las facultades del juez/a ante quien se recurre, disposición que por lo visto, no podía al acusarse por esta causal porque no se trata de una norma de derecho sino procesal, por tanto la excluimos de nuestro análisis.

4.3 RESOLUCIÓN FUNDAMENTADA DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

4.3.1 Sobre los hechos que quedaron fijados en el fallo cuestionado:

Antes de entrar a analizar las impugnaciones al fallo, corresponde conocer cuáles son los hechos que debidamente probados quedaron establecidos en la sentencia impugnada, y cuál el ejercicio de aplicación normativa realizada por el tribunal de apelación a ese cuadro fáctico.

Con este fin, procedemos a confrontar los cargos presentados a la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, a fin de establecer los hechos en los que al subsumir las normas invocadas, los juzgadores de instancia resolvieron rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar con su razonamiento la sentencia subida en grado.

Al respecto tenemos que en la sentencia, luego de citar los antecedentes de este caso, que para efecto de nuestro análisis los resumimos en:

i) El señor Segundo Eduardo Paca Chauca, ha presentado demanda de "impugnación de la paternidad" de la menor Janeth Elena Paca Paca; citada legalmente la madre y representante legal Martha Mercedes Paca Villa, comparece a juicio contestando la demanda, y alega que,-el actor reconoció a su hija pues sabía que era suya; que la demanda es una represalia por el juicio de alimentos que le sigue; y que la menor nació dentro del tiempo establecido en el art. 62 CC; formulando al efecto, entre otras excepciones las siguientes: negativa simple de los fundamentos; e improcedencia de la acción.

ii) A continuación, en la parte del análisis del tribunal, en el considerando "SEXTO" de la sentencia, se relieva el incumplimiento reiterado de la demandada respecto a la práctica del examen de ADN ordenado en las dos instancia, se cita al respecto una sentencia emitida por la Corte Constitucional, en relación a –la obligatoriedad de la práctica de una prueba ordenada legalmente por un juez-[5], y el art. 83.1 CRE; un fallo dictado por este órgano de justicia, en el que al analizar la normativa que regula la prueba científica de ADN, se concluye según la cita en que, "(...) la acción de investigación de paternidad en la que se requiere prueba de ADN, sobre la base del derecho a la identidad, como parte inescindible a la dignidad humana, no puede depender de la voluntad del demandado a realizarse o no la pericia médica, pues de ser así, se convertiría en un exceso del derecho, lo que en contraste con la amplitud y significancia del derecho a la identidad, no tiene cabida."[6]

iii) Con este respaldo se concluye en que, -la negativa deliberada de cumplir con las órdenes judiciales se presume indicio en su contra. Con estas

[5] Sentencia N° 131-15-SEP-CC.
[6] Resolución N° 252-2014 dictada dentro del juicio Ordinario N° 0179-2014.

consideraciones según su decir, precautelando el derecho a la identidad previsto en el art. 66.28 CRE, definido por la Corte Constitucional en la sentencia 025-10-SCN-CC; lo dicho por la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil de Argentina, en el fallo de 30 de marzo de 1999, respecto al –derecho a conocer la identidad de origen-, amparándose en lo que disponen los arts. 169 y 172 inciso primero y segundo CRE en concordancia con el art. 334 CPC, dictan sentencia que rechaza el recurso de apelación interpuesto por la demanda, y confirman la dictada en primer nivel que acepta la demanda.[7]

4.3.2 Respecto a la denominación de la acción intentada "impugnación de la paternidad":

Corresponde dilucidar en primer lugar en el plano jurídico, la implicancia de la denominación de acción incoada -impugnación de la paternidad-.

De lo expuesto en el considerando anterior, si bien el tribunal de instancia no advierte ni analiza en su fallo los errores en los que incurre el accionante, en cuanto a la determinación de la acción que intenta, -IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD-; y los fundamentos de derecho en los que se ampara, arts. 238, 252, 253- 4 y 5 CC, que en su orden se refieren a: presunción de no paternidad, tratándose hijos concebidos en matrimonio; y declaración judicial de la paternidad o maternidad de los hijos que no han sido reconocidos voluntariamente, que no concuerdan con este caso.

No es menos cierto, que por los datos sobre el estado civil que consignan las partes –solteros-[8], y los fundamentos de hecho en los que se sustenta la demanda, es evidente que no se trata de una acción de impugnación de paternidad, prevista para el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio (art. 233 y siguientes CC); ni declaratoria judicial de la paternidad o maternidad, prevista para el caso de los hijos que no han sido reconocidos voluntariamente por su padre o madre (art. 252 y siguientes CC), como indistintamente y sin ningún cuidado se plantea; pues el accionante lo que sostiene es, que de la corta relación amoroso y sexual que mantuvo con la madre de la demandada, nació una hija menor de edad a la fecha, como consta de la partida de nacimiento que adjunta.

Que después, ha llegado a su conocimiento, que su pareja mantenía relaciones sexuales con otros hombres, hecho que ha generado dudas de que la hija sea suya, por lo que impugna la paternidad, encontrándose habilitado para hacerlo, pues su deseo es establecer la realidad biológica de dicha hija, lo cual es posible hacerlo con precisión absoluta mediante el examen de ADN practicado legalmente, siendo imprescindible esta prueba para que el resultado sea decisivo, no deje lugar a dudas y permita establecer de forma cierta la identidad de la citada hija.

Visto así, al tribunal de instancia no le causó mayor dificultad entender, que al tratarse de una hija extramatrimonial, reconocida por su padre, de acuerdo a los fundamentos fácticos en los que se sustenta la demanda, lo que en realidad se perseguía era la impugnación del reconocimiento voluntario de su hija, como prevé el art. 251 CC, tan cierto es esto, que al proferir sentencia confirmatoria, se ratifica aquella que en su parte resolutiva dispuso, -aceptar la demanda de IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD-, propuesta por el accionante.

Por otra parte, de los fundamentos de hecho no se pueda establecer, que dicha impugnación la plantea por la vía de la nulidad del acto, por la presencia de algún vicio del consentimiento, por tanto nuestro examen se limitará a analizar la acción como está presentada.

Es decir el error o equivocación en la denominación de la acción deducida por el padre "IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD", y los fundamentos de derecho arts. 238, 252, 253- 4, y 5, CC, a través del análisis efectuado por los juzgadores de instancia, dentro del marco constitucional y legal reseñado en el considerando anterior, quedó implícitamente subsanado, por tanto, no amerita por parte de este tribunal de la Sala, realizar corrección adicional alguna en cuanto la naturaleza de la acción incoada, impugnación de reconocimiento voluntario, pues esta ha quedado correctamente identificada y definida, tanto para las partes como para los jueces/as de instancia; sin que en este nivel se advierta vulneración del derecho a la defensa, a causa de esta confusión o error en el que incurre el accionante.

[7] Ver sentencia dictada en segunda instancia fs. 44 y 45 del expediente.
[8] Ver demanda y copia de cedula de identidad fs. 6, 7 y 11 de expediente de primera instancia.

Cuestión distinta es, la certeza del análisis efectuado por el tribunal de apelación tratándose de este tipo de acciones, y los fundamentos jurídicos en los que se ampara, para decidir despojarle a una niña reconocida voluntariamente por su padre, de su identidad y filiación, aspectos que los analizaremos a continuación, en relación a los cargos que se formulan a la sentencia.

4.4 Examen puntual de los cargos presentados contra la sentencia, por causal primera del art. 3 LC:

Fijados los hechos probados en la sentencia, en los que el tribunal de apelación considera se subsume las normas invocadas; subsanado por otra parte, el error en la denominación de la acción, y desestimados los cargos presentados por causal tercera por deficiencias en su formulación, nuestro análisis se centrará exclusivamente en las censuras que fundamentan la causal primera de la Ley de Casación.

4.4.1 La recurrente sostiene como tesis en casación, concordante con su excepción de improcedencia de la acción, que los juzgadores de instancia en la sentencia, aplican en forma indebida las normas de derecho de los arts. 10 CONA 66, 28, 169 y 172 inciso primero CRE, situación que según su decir, ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia, que confirma la subida en grado y acepta la impugnación de reconocimiento de paternidad de su hija, pues considera que de acuerdo con la Constitución, no se puede obligar a una niña a realizarse el examen de ADN, *-ni establecer que la negativa a su práctica, constituye suficiente fundamento para descartar la filiación-*.

4.4.2 Analizada la sentencia efectivamente se verifica, que el principal argumento que esgrimen los juzgadores de instancia, para confirmar la subida en grado que acepta la demanda de –impugnación de reconocimiento-, se basa como lo expresan en el considerando "SEXTO.- "en que, la negativa o renuencia reiterada de la demandada a someterse a los resultados de la prueba científica de ADN, dispuesta en este caso tanto por el juez de primer nivel como por el tribunal de la Sala, de acuerdo con el art. 10 a) CONA trae como consecuencia la –presunción de no paternidad-, al expresar que "Como queda expuesto, la demandada señora Martha Mercedes Paca Villa, incumplió lo ordenado por Jueces competentes por CINCO OCASIONES, (...)"[9]

Criterio que no tiene ningún sentido jurídico, ni guarda relación con el contenido de la norma citada, pues al contrario de lo que se sostiene, lo que está previsto como presupuesto en relación al derecho a alimentos, es una presunción positiva de paternidad al establecer que, *"En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco (...)",* y no de manera inversa –presunción positiva, como consecuencia de un hecho negativo-, (no paternidad).

Al respecto y en relación con este punto de análisis, -negativa a la práctica de la prueba de ADN- en los juicios que como este se impugna el reconocimiento voluntario de hijos/as, esta Sala en un caso anterior emitió pronunciamiento en el que dejó establecido lo siguiente:

> (...) sin que su negativa produzca efecto jurídico alguno, pues el artículo innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Capítulo V de Alimentos del Código de la Niñez y la Adolescencia, constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia, no se puede aplicar de manera inversa. La presunción positiva, como consecuencia de un hecho negativo, implica el suponer como cierto el hecho desconocido de la paternidad o maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido. **Este Tribunal, deja establecida la improcedencia de la aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal.**[10]

Tampoco halla respaldo ni concuerda con el fallo emitido por este órgano de justicia como equivocadamente se sostiene, pues como se lee en la transcripción del fragmento que se trae en cita, lo

[9] Ver fallo de segunda instancia fs. 44 y 45.
[10] Ver Resolución N° 162-2014, dictada en el juicio N° 091-2014, jueza ponente Dra. María Rosa Merchán Larrea.

expuesto es aplicable para un caso distinto al que se analiza, -acción de investigación de paternidad-, es decir, cuando lo que se pretende establecer es la paternidad o maternidad del hijo/a, que no ha sido reconocido voluntariamente por su padre o madre[11]; cuestión distinta a esta acción en la que se persigue alterar una filiación legalmente establecida mediante el reconocimiento voluntario de una hija, prevista en el art. 251 del Código Civil, de ahí que en el contexto analizado en el fallo que se cita, se concluye,

> "(...) consecuentemente, debe entenderse que esta negativa constituye, por un lado, un vínculo frente a la ausencia de consentimiento a realizársela; y por otro lado, una garantía del derecho a la identidad que no pertenece solo a la niñez y adolescencia, sino a todos los seres humanos. En este contexto se concluye, que la acción de investigación de paternidad en la que se requiere prueba de ADN, sobre la base del derecho a la identidad como parte inescindible a la dignidad, no puede depender de la voluntad del demandado a realizarse o no la pericia médica, pues de ser así, se convertiría en un exceso del derecho, lo que en contraste con la amplitud y significancia del derecho a la identidad, no tiene cabida."[12]

4.4.3 Adicionalmente a la motivación expuesta para estimar los cargos a la sentencia, a continuación precisamos dejar sentado el criterio de mayoría expuesto por este tribunal en un fallo anterior, respecto a este debate jurídico[13], y entregar razones sobre el asunto de fondo que pesa sobre el recurso.

4.4.3.1 En la sentencia se pierde vista y no se analizan los presupuestos que deben concurrir para cada una de las acciones que derivan del reconocimiento voluntario, *-impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos/as o impugnación del acto de reconocimiento por nulidad, cuando no concurren los requisitos de validez-,* que por el interés o derecho que se pretenden proteger, comportan situaciones jurídicas diferentes, tratándose de un tema sensible que reviste cierta complejidad, en cuanto se involucra el derecho a la identidad en este caso de una niña, en contraposición al derecho del presunto padre; tema que por relevancia y trascendencia en las relaciones de familia y en la vida de las personas involucradas, este órgano de justicia lo ha dilucidado a través de fallos reiterados a los que se refiere la fundamentación del recurso, que constituyen jurisprudencia obligatoria y vinculante, y que se hallan enmarcados en la línea de pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, que por la importancia y para una mejor comprensión, transcribimos a texto completo, dice la resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia a la que nos estamos refiriendo:

RESUELVE:

> **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 fuera de texto)[14]

4.4.3.2 Del contenido de la referida Resolución podemos establecer, que si bien el reconocimiento voluntario tiene el carácter de irrevocable respecto del reconociente porque la acción pertenece al hijo/a o a cualquier persona que demuestre interés actual, quienes se encuentran legitimados en forma activa como únicos titulares de este derecho, y como en este proceso no se discute la verdad biológica, no interesa el resultado del examen de ADN que descarte el vínculo consanguíneo de conformidad con lo previsto en el art. 251 CC.

[11] Ver art 252 y siguientes del Código Civil.
[12] Ver Resolución Nª 252-2014 dictada dentro del juicio ordinario N° 0179-2014, jueza ponente María del Carmen Espinosa V.
[13] Ver fallo de mayoría N° 123-2016, dictado dentro del juicio N° 105-2015, de 3 de mayo de 2016, CNJ-SFNAA.
[14] Resolución N° 05-2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Sin embargo, el reconociente no está privado del derecho a impugnar el reconocimiento por una vía distinta a la señalada, la de la nulidad del acto, siempre que demuestre dice la resolución que analizamos, que al otorgarlo se han inobservado u omitido los requisitos indispensables para su validez, requisitos que no son otros sino aquellos que en forma general la ley establece para todo acto o declaración de voluntad, como prevé la normativa civil:

> Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:
> 1. Que sea legalmente capaz;
> 2. *Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
> 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
> 4. Que tenga una causa lícita.
>
> *Art. 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.*
>
> Art. 1471.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, *salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.*
>
> Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendiente o descendientes, a un mal irreparable y grave (cursiva fuera de texto)
>
> Art. 1473.- Para que la fuerza vice el consentimiento no es necesario que ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

En relación al caso que analizamos, los preceptos legales citados en forma clara establecen los requisitos necesarios que deben concurrir para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, entre otros, que sea capaz y que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no este viciado de error, fuerza o dolo; para que el error acerca de la persona vicie el consentimiento, se requiere que recaiga sobre esa persona por ser ella la causa principal que lo motiva; y en relación a la fuerza, vicia el consentimiento cuando es capaz de producir, bien sea por el beneficiario o a través de cualquier persona, una impresión fuerte o infundir justo temor en el otorgante, de tal gravedad por las consecuencias que de ella se derivan; error, fuerza o dolo que procesalmente justificados, provocan como consecuencia la nulidad del acto y dan derecho a perseguir su declaratoria a través del ejercicio de la respectiva acción de nulidad.

4.4.3.3 Criterios para el desarrollo de la línea jurisprudencial trazada, en materia de reconocimiento voluntario de hijos e hijas:

Al respecto y en relación al caso que analizamos, en la línea de la jurisprudencia vinculante establecida por este órgano de justicia (Resolución N° 05-2014), para una mejor compresión y desarrollo de la misma, es imprescindible emitir un pronunciamiento que partiendo de los antecedentes que sirvieron de base inicial, destaque y diferencie los presupuestos que deben concurrir para el ejercicio de una u otra acción a las que hacemos referencia, y que podemos enunciarlas de la siguiente manera:

i) En relación a la *impugnación del reconocimiento voluntario de hijos e hijas*, dejamos sentado como criterios los siguientes: que este reconocimiento tiene el carácter de irrevocable; que el legitimado activo, titular del derecho en este juicio, es el hijo/a o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente; consiguientemente, si en esta contienda no se discute la verdad biológica sin la verdad social, para preservar la identidad adquirida por medio del reconocimiento voluntario, el resultado del examen de ADN que establezca la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, no constituye prueba legal en contrario.

ii) Por otra parte, al establecer la excepción en el sentido que, *-el reconociente solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de la nulidad-, dejamos a su vez sentado y lo desarrollamos en este fallo el siguiente criterio, que el legitimado activo en la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo/a, es el reconociente (padre o madre),quien para que prospere la acción necesariamente deberá demostrar a cabalidad, el vicio que afecta su consentimiento (error, fuerza, dolo), y en forma coadyuvante, la exclusión de su paternidad a través de la prueba científica de ADN legalmente practicada; agregamos, en todos los casos incluida la fuerza, tratándose de relaciones de familia que difieren sustancialmente con lo que sucede en otra clase de negocios jurídicos, pues para establecer la verdad biológica de un hijo/a, esta necesariamente debe contrastarse con la ciencia, por las consecuencias jurídicas que derivan de los nexos de consanguinidad en las relaciones paterno-filiales (filiación y derechos afines).*

4.4.3.4. En este contexto, se verifica que las conclusiones a las que llega el tribunal de instancia para confirmar la sentencia subida en grado, que

acepta la demanda de impugnación del reconocimiento de la paternidad, efectivamente infringe por aplicación indebida, el artículo innumerado 10. a) CONA; y al no enmarcar su actuación en la Constitución y la ley (art. 172 CRE), vulnera el derecho a la identidad de la niña demandada, consagrado en el art. art. 66.28 CRE, pues se destruye sin más su filiación legalmente establecida, a través del reconocimiento voluntario.

Preceptos invocados por la casacionista como fundamento del recurso de casación interpuesto, que se consuman al prever de manera inversa una –presunción positiva, como consecuencia de un hecho negativo-; previsión que al no contener esta norma, conforme el criterio expuesto en el fallo antes referido, que en relación a este caso lo reiteramos en el sentido que, -es improcedente la aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal-[15].

Al contrario sensu, en las acciones de declaración judicial de la paternidad o maternidad o investigación de la paternidad o maternidad-, en las que a efecto de establecer la filiación, se disponga la práctica de esta prueba, debe entenderse que la negativa constituye por un lado, un vínculo frente a la ausencia de consentimiento a realizársela; y por otro lado, una garantía del derecho a la identidad, que no puede depender de la voluntad del demandado/a a realizarse o no la pericia médica, pues de ser así, se convertiría en un exceso del derecho, lo que en contraste con la amplitud y significancia del derecho a la identidad, no tiene cabida-;[16] en armonía con lo que al respecto prevé el art. 263 CC que dice: "Cuando se trate de exámenes o reconocimiento de personas, podrán practicarse peritajes radiológicos, hematológicos *y de otra naturaleza. La renuencia de la parte a estos exámenes será apreciada por el juez como indicio en contra de ella." (cursiva fuera de texto)*

El análisis desarrollado por el tribunal de la Sala para aceptar la acción de impugnación del reconocimiento voluntario de la niña, no se enmarcan dentro de la línea jurisprudencial trazada por este tribunal de justicia, sobre la irrevocabilidad del acto de reconocimiento voluntario respecto del reconociente, a diferencia de la acción de nulidad de este acto cuando se encuentre viciado por falta de requisitos necesarios para su validez, acción que pertenece al padre, con la carga de probar, de qué manera el error, la fuerza o el dolo empleados por la madre, vició su consentimiento y en forma coadyuvante, la exclusión de su paternidad a través de la prueba científica de ADN legalmente practicada.

En el caso que analizamos reiteramos, la negativa a la práctica de la pericia de ADN o la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, por las razones expuestas, no constituye prueba para descartar la filiación en el juicio de impugnación de reconocimiento voluntario, en que no se discute la verdad biológica y la legitimación activa la tiene la hija y no el padre, como desacertadamente sostienen los señores jueces de instancia en la sentencia cuestionada.

7. DECISIÓN EN SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas a lo largo del presente fallo, este Tribunal Único de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** CASA la sentencia recurrida, dictada el 21 de enero de 2016; las 14h43, por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo y declara sin lugar la demanda por improcedente. Sin costas, honorarios ni multa que regular. Con el ejecutorial, devuélvase los expedientes al tribunal de origen. **Notifíquese. f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL VOTO CONCURRENTE; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.**

[15] Ver Resolución N° 162-2014, dictada en el juicio N° 091-2014, jueza ponente Dra. María Rosa Merchán Larrea.
[16] Ver Resolución N° 252-2014 dictada dentro del juicio ordinario N° 0179-2014, jueza ponente María del Carmen Espinoza V.

VOTO CONCURRENTE
Juicio No. 0142-2016
Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.
Quito, a miércoles 5 de octubre del 2016, las 16h47.-
VISTOS: (0142-2016)
1.- ANTECEDENTES.- Martha Mercedes Paca Villa, como madre y representante legal de la niña, interpone recurso de casación contra la sentencia, dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo (21/01/2016; las 14h43) fallo, que rechaza el recurso de apelación de la demanda, y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado, que acepta la demandada de impugnación del reconocimiento de la paternidad propuesta por Segundo Eduardo Paca Chauca. El recurso de hecho y por consiguiente el de casación, es admitido a trámite el 15/06/2016, las 15h36, por la Dra. Janeth Cecilia Santamaría Acurio, Conjueza ponente de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.
2.- COMPETENCIA.- Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26/01/2012; y designadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para actuar en esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, mediante Resolución No. 01-2015 de 28/01/2015. Su competencia para conocer los recursos de casación, se fundamenta en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por los artículos 8 y 11;[1] y 1 de la Ley de Casación.
3.- NATURALEZA DE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad; el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo de tal marco, una vez más debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollo jurisprudencial fijado para su procedencia; pues, un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos. Ha de insistirse, también, en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por tanto, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito y resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Corte Nacional, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el juez de apelaciones, al proferirla, vulneró o no la ley sustancial que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras a la seguridad jurídica, principio fundamental del estado constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.
4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-
La casacionista halla fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; por la causal tercera, acusa:

[1] Ver Suplemento del R.O. No. 38 del 17 de julio 2013.

- Falta de aplicación de normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil y de preceptos jurídicos, aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia.
- Que, la Corte Provincial dice, que no se ha practicado el examen de ADN, pero además agrega que tratándose de asuntos filiatorios no existe en el ámbito civil, disposición alguna acerca de la prueba de ADN, tampoco el legislador ha realizado reformas ni ha desarrollado una ley civil, que contenga configuraciones normativas acerca de esta prueba, por tanto corresponde contextualizar la norma en cita (art. innumerado 10 CONA), más allá de su ámbito subjetivo de aplicación, sin embargo la censora argumenta que no se ha considerado lo que disponen los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República.
- Se dejó de aplicar la resolución No. 05-2014, de la Corte Nacional de Justicia publicada en el R.O.S. No. 346, de fecha 2 de octubre de 2014, que indica en el considerando PRIMERO: "El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable";
- No se ha considerado lo que disponen los artículos 248 y 250 reformados del Código Civil, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 526, de 19 de junio de 2015.

4.2.- Por la causal primera:

- Aplicación indebida de normas de derecho y que han sido determinantes para la parte dispositiva de la Sentencia, que acepta la impugnación del reconocimiento de la paternidad propuesta, para este efecto invocan el artículo innumerado 10 del CONA; artículos 66.28, 169 y 172, inciso primero de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, cuando *"no se puede obligar a una niña menor de edad, a que se presente para realizar el examen de ADN, cosa que está prohibido por nuestra constitución..."*.
- Agrega que los jueces consideran que *"frente a la renuencia, a practicarse esta prueba científica, debe entenderse que esta negativa, constituye un vínculo frente al consentimiento de realizarse (sic) y por otro lado una garantía del derecho a la identidad, que no pertenece solo a la niñez y adolescencia"*.

5.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.-

5.1.- Analizado el recurso, se advierte que si bien el censor realiza su ataque bajo la causal primera y tercera, dentro de esta última, invoca yerros que pertenecen a la causal primera, la que tiene relación con los llamados vicios in iudicando, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de norma de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, siempre que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; al contrario de la causal tercera, que tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos. De otro lado, bajo la causal primera alega aplicación indebida del artículo innumerado 10 del CONA, censura que pertenece a la causal tercera y no primera por las razones expuestas; sin embargo una vez admitido el recurso de casación, y en vista que el Tribunal de casación no está facultado a desistir del análisis por defectos de forma en la calificación del recurso –doble calificación- para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, este Tribunal procede a su análisis planteando los siguientes problemas jurídicos:

5.1.2.- ¿Cuál es la acción de impugnación de filiación que corresponde cuando se alegan vicios en el consentimiento en el acto de reconocimiento?

5.1.3.- ¿Cuál es la pertinencia de la pericia científica de ADN, para resolver la impugnación del reconocimiento voluntario de un hijo/a?

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO,

6.1.- La sentencia del juez plural, en el considerando Tercero dice: *"De la revisión del proceso se establece claramente que: a) Que el señor Segundo Eduardo Paca Chauca ha presentado demanda de 'impugnación de la paternidad'*; luego en éste y los siguientes considerandos, da cuenta de las veces en la que a petición del actor se fijó día y hora para la realización de la prueba de ADN, sin que se haya cumplido con lo ordenado. En el considerando sexto, refiere a la sentencia No. 131-15-SEP-CC, que trata sobre la obligatoriedad de realización de la prueba; además, cita el artículo 83.1 de la Constitución de la República, acerca del deber y responsabilidad de acatar la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente; adicionalmente, con fundamento en la resolución No. 252- 2014- Corte Nacional de Justicia, señala que la codificación civil no contiene disposición alguna acerca de la prueba científica de ADN, por

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ello el artículo innumerado 10 del CONA *"es la única disposición dentro del ordenamiento jurídico, que prevé como se debe proceder frente a la renuencia a practicarse la prueba científica de ADN, consecuentemente debe entenderse que esta negativa constituye, por un lado, un vínculo frente a la ausencia de consentimiento a realizársela; y por otro lado una garantía del derecho a la identidad que no pertenece solo a la niñez y adolescencia, sino a todos los seres humanos"*, concluye: *"La acción de investigación de paternidad en la que se requiere prueba de ADN, sobre la base del derecho a la identidad como parte inescindible a la dignidad humana, no puede depender de la voluntad del demandado a realizarse o no la pericia médica"*, por lo que en base a ella señala que *"En consecuencia la negativa deliberada de (no) cumplir con las órdenes judiciales se presume indicio en su contra"* resolviendo rechazar el recurso de apelación, y *"confirmar la sentencia subida en grado, por el razonamiento de la Sala"*.

6.2.- Si bien, como lo advierte el juez plural el actor impugna la paternidad, no es menos cierto que en su demanda señala ser soltero, al igual que la demandada, y que al mantener con ella una *"relación amorosa y sexual, nació una hija... Después de este poco tiempo de relación sentimental, ha llegado a mis oídos que mi pareja mantenía relaciones sexuales con otros hombres hecho que ha llevado a un sin número de dudas de que la menor...no es mi hija"*, por lo que, fundamentado en los artículos 238 CC (norma aplicable a la filiación matrimonial), 252, y 253 numerales 4 y 5 (normas aplicables a la declaración judicial de la paternidad), *"y más pertinentes del Código Civil"* demanda la "impugnación de la paternidad".

6.3.- Por las circunstancias fácticas expuestas, la pretensión del actor debió fundamentarse en las normas que regulan la impugnación del reconocimiento (filiación extramatrimonial); sin embargo, el Tribunal ad quem tenía el deber-poder de hacer una interpretación objetiva para salvar los errores de mera expresión, en que el demandante incurrió y, corregir para aplicar lo que corresponde a la luz del principio jura novit curia, pues no es la norma la que individualiza y define la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.

6.4.- En este caso el juez plural, no solo que no advierte la confusión del actor, sino que cae en la misma, y fija la '*impugnación de la paternidad*', como la pretensión del caso; desacertadamente cita jurisprudencia pertinente para la investigación de la paternidad, cuando lo que debía era corregir el error de mera expresión y enmarcar la acción en la impugnación de *reconocimiento voluntario* de la paternidad, vía nulidad del acto por vicios del consentimiento en este caso el error, por así haber sido alegado en los fundamentos de hecho de la demanda; omisión que evidentemente influye en la decisión.

7.- SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

7.1.- El juez plural erróneamente, se ha dicho ya, fundamenta su decisión en jurisprudencia respecto al artículo innumerado 10 del CONA, norma que no es aplicable en este caso, por las razones expuestas en el considerando anterior; en relación con esta disposición normativa, este tribunal se ha pronunciado:

- *"...Solicita además, el actor, se lleve a efecto una nueva prueba de ADN entre las partes procesales, la que, no se cumple por la no concurrencia de la demandada a su práctica, sin que su negativa produzca efecto jurídico alguno, pues, el artículo innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Capítulo V de Alimentos del Código de la Niñez y la Adolescencia, constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia, no se puede aplicar de manera inversa. La presunción positiva, como consecuencia de un hecho negativo, implica el suponer como cierto el hecho desconocido de la paternidad o maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido. Este Tribunal, deja establecida la improcedencia de la aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal."*[2]

[2] Resolución No. 162-2014, dentro del Juicio No. 091-2014, ponencia de la Jueza María Rosa Merchán Larrea.

Es decir que la presunción de paternidad que contempla la norma en cita no sirve para destruir el estado civil (filiación jurídica), precautelando de ese modo el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

7.2.- En ese sentido, la doctrina mantiene una línea uniforme respecto del reconocimiento de la filiación considerándola como el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de admitir la paternidad o maternidad de un hijo/a y señala para ésta las siguientes características: a) unilateral; b) formal y expreso y c) irrevocable, aunque, sujeto a impugnación. Nuestra legislación, expresamente se refiere a la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario, y sostiene que es un *acto libre y voluntario* del padre o madre que reconoce (artículo 248 Código Civil).

7.2.1.- Este Tribunal recuerda que la voluntad tiene importancia capital en el derecho civil *"como expresión concreta de la iniciativa individual…(la que) efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío, sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho... La voluntad individual aparece en todas las instituciones..."*[3] y, en el caso del reconocimiento de un hijo, se trata de un acto jurídico unilateral "libre y voluntario" del padre que reconoce.

7.2.2.- Ahora bien, para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad se requiere del concurso de los siguientes requisitos: "que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita" (artículo 1461 C.C); por ello, la voluntad debe estar libre de vicios del consentimiento (artículo 1467 Código Civil); del error: vicio causado por el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento; de la fuerza: falta de libertad física o moral, y del dolo: falta de conocimiento provocado, el engaño; debe tener objeto y causa ilícita; caso contrario, el ordenamiento jurídico, como forma de sanción prevé la nulidad del acto; sin que la ley considere como causa de impugnación de ese reconocimiento el cambio de voluntad.

7.2.3.- En este orden de ideas, la pericia de ADN[4], es el medio de prueba científico adecuado para establecer la investigación y búsqueda de la paternidad biológica, y por tanto idónea en los juicios de impugnación de la paternidad (filiación matrimonial), no así cuando como en este caso, la filiación ha quedado definida jurídicamente a través del reconocimiento voluntario, y lo que se impugna es éste acto, bajo el supuesto de adolecer de vicios que afectan su validez. Meridianamente, entonces, en la filiación extramatrimonial, el acto de reconocimiento, lleva implícita la *admisión*, y lo que jurídicamente se valora es la *voluntad de reconocer*, o la decisión de admitir la paternidad, desvinculándola de la acreditación de la relación biológica. A la luz de lo expuesto, el cargo prospera por aplicación indebida del artículo innumerado 10 literal a) CONA.

7.3.- La resolución No. 05-2014, de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Suplemento 346 de 02/10/2014, recoge la normativa analizada y la línea jurisprudencial trazada por la Sala de la Familia de la Corte Nacional de Justicia[5]; así en el Juicio No. 82-2012, Resolución No. 86-2012, de 25 de abril de 2012, jueza ponente Rocío Salgado Carpio, subraya de forma nítida la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario de la filiación, y señala la posibilidad de impugnarla solo *vía nulidad del acto,* de conformidad con los artículos 1697 y siguientes CC.

7.3.1.- En el Juicio No. 394-2012, Resolución No. 31-2013, de 26 de febrero de 2013 jueza ponente Rocío Salgado Carpio, nuevamente se toma el criterio de la Sala:

- "... la impugnación del acto del reconocimiento, exige demostrar que para su otorgamiento no concurrieron los requisitos previstos por el Art. 1461 del Código Civil... En la especie, el actor, admite... que al tiempo en que hizo el reconocimiento del niño (AAGF) tenía conocimiento que no era su hijo biológico, lo que descarta la existencia tanto de error como de dolo, por lo que alude al ejercicio de

[3] Luis Moisset de Espanés,"*El hecho jurídico voluntario*", en http://www.cea.unc.edu.ar/academc/doctrina/artículos/el-hecho-jurídico-voluntario.
[4] Acido desoxirribonucleico, compuesto orgánico que contiene la información genética de un ser vivo.
[5] Juicio No. 041-2013, Juicio 032-2013, JUICIO No. 062-2013, Juicio No. 056-2013, Juicio 064-2013.

presiones, amenazas y falsas promesas por parte de la demandada para obligarle a otorgar tal reconocimiento, sin embargo los recaudos procesales no dan cuenta del empleo, por parte de la demandada, de fuerza tal, capaz de viciar el consentimiento del actor, sin que pueda admitirse como fuerza el simple temor reverencial, esto es el solo temor de desagradar a las personas, ya que este no basta para viciar el consentimiento, según lo dispuesto por Art. 1472 ibídem...el ejercicio de los derechos que franquea al reconocido el acto del reconocimiento respecto de quienes figuran en calidad de padres (art. 247 CC), especialmente cuando éste aún es menor de edad, no pueden verse limitados por ofertas, promesas, contratos, etc., realizados entre terceros, puesto que se encuentran ligados con los derechos y obligaciones que surgen de las relaciones de familia, que tienen que ver básicamente con la satisfacción de las necesidades elementales del ser humano...salud, vivienda, educación, recreación, alimentos, etc., derechos humanos fundamentales, todos ellos se encuentran consagrados por la Constitución de la República, y por varios instrumentos y tratados internacionales, por lo que, resulta ingenuo pensar que, para alcanzar la impugnación del reconocimiento, se subraye, la supuesta oferta de la demandada Blanca Julieta Falconí Samaniego de abstenerse a presentar demanda por alimentos, puesto que ella no es titular de los referidos derechos y siendo estos como son, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles (y) Por otra parte…deja entrever la predisposición del reconociente a incumplir las obligaciones que asumió respecto de él, al momento de que a sabiendas que no era su hijo, lo reconoció por tal, obligaciones a las que no puede sustraerse y que no se limitan, como equivocadamente cree el accionante, al pago de una pensión de alimentos...En la especie, el accionante ha direccionado sus esfuerzos a probar el hecho de que no es padre biológico del niño AAGF, como si se tratara de una acción de impugnación de paternidad cuando en realidad es una acción de impugnación de reconocimiento...Por otra parte, la paternidad, no constituye el hecho controvertido en la presente causa, por cuanto tanto actor como demandada han reconocido desde el momento de formular la demanda y contestarla, respectivamente, que el niño AAGF no es hijo biológico de los litigantes... la Ley le reserva al reconocido la facultad de *"impugnar en cualquier tiempo"* dicho reconocimiento (Art. 250 del Código Civil), puesto que es él y ningún otro, el dueño de la acción que le permitirá buscar o reivindicar la paternidad o maternidad de sus progenitores biológicos, sustentado en la exigibilidad del derecho a la identidad, reconocido como un derecho fundamental, en nuestra Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos… derecho que conjuntamente con la libertad, la integridad, la verdad, la calidad de vida y otros, constituyen el núcleo de la dignidad humana a cuya preservancia está obligado el Estado ecuatoriano (Art. 66, numeral 28 CRE)..."

7.3.2.- En este marco, el artículo 1, considerando primero del fallo de triple reiteración (resolución No. 05-2014), remarca para el reconocimiento voluntario de hijos e hijas que tiene el carácter de irrevocable:

- *"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"*** (subrayado fuera de texto).

7.3.3.- La resolución en cita, deja claro que la práctica de la pericia de ADN, no es relevante en los juicios de impugnación de reconocimiento, pues no se discute la verdad biológica; para viabilizar la nulidad del acto de reconocimiento, la prueba debe dirigirse a respaldar por qué y cómo, se estima, que el acto de voluntad ha sido viciado, esto es, deberá ser demostrada la relación de causalidad entre el vicio en el consentimiento y la declaración impugnada.

7.4.- Así las cosas, el actor debía enmarcar los medios de prueba en los artículos 1697 y 1698 del CC, y, circunscribirlos a los vicios del consentimiento, elemento clave para el reconocimiento, pues como se ha dicho, este acto debió haber sido realizado libre de vicios o condiciones (artículo 1467 ibídem), tanto en su formación (entendimiento, deliberación, decisión), como en su exteriorización (ejecución y asunción de responsabilidades). En esta misma línea, en el mundo jurisdiccional las alegaciones deben ser respaldadas, en este caso, la prueba debió centrarse en el vicio alegado: el error; la pericia genética de ADN, constituye, únicamente un elemento coadyuvante en los casos en los que se alega error, o dolo; vicios que afectan singularmente el consentimiento, la voluntad en la etapa de reflexión; no así en la fuerza que se impone a la voluntad en la etapa de ejecución del acto, aun

cuando el autor sea consciente que no es el progenitor del reconocido[6].

7.4.1.- En este caso, de la sentencia recurrida, se advierte que el reconociente toma como eje vertebrador de la justificación de su pretensión los múltiples petitorios, para la práctica de la pericia de ADN, la misma que no se realiza por la reiterada inasistencia de la demandada; sin embargo, olvida acreditar el error, vicio del consentimiento en el que basa su pretensión.

7.5.- En esta misma línea, es importante subrayar que el artículo 69 de la Constitución, protege los derechos de las personas integrantes de las familias, promueve la maternidad y paternidad responsables; obliga al padre y la madre a velar por el cuidado integral de los derechos de los hijos e hijas, sin considerar antecedentes de filiación o adopción ya quienes, en ningún momento, se les exigirá declaración sobre su calidad, ni se hará referencia a ella en ningún documento; nada más contrario a dicho mandato el que la filiación por reconocimiento voluntario, quede al arbitrio del reconocedor y a que éste mantenga buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él.

7.5.1. Complementando, en el ordenamiento jurídico el artículo 250 alegado como inaplicado de CC. Inciso 3[7], declara que: *la ausencia del vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación del reconocimiento en que no se discute la verdad biológica*; norma que si bien no es aplicable al caso, pues responde a la reforma de junio del 2015, exime de duda el tema de la verdad biológica, pues la Carta Mayor deja clara la posición del estado ecuatoriano al asumir que las familias se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y, específicamente contempla situaciones en las cuales se permite la filiación no biológica, los casos de adopción, por ejemplo.

7.6.- De otro lado está el *reconocimiento por complacencia*, ampliamente estudiado y discutido en la doctrina española, figura que ha dado lugar a posiciones jurisprudenciales contrapuestas; extraemos el criterio de uno de los miembros del Tribunal Supremo:

> "Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aún, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior; él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas que no lo es; más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el párrafo primero del artículo 140 del Código Civil alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto) prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también es cierto)?. La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala –más pronto o más tarde- cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguisado. Amén"[8].

8. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por las razones expuestas, además porque de la sentencia recurrida no consta ningún elemento que permita contrapesar el carácter irrevocable del reconocimiento y la indisponibilidad del estado civil a la luz del interés superior del niño, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescente 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 dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, (21/01/2016; las 14h43) y desecha la demanda por falta de prueba. Sin costas ni multas.- **Notifíquese.**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL VOTO CONCURRENTE; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

---

[6] *Reconocimiento de complacencia*, esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo explicitan –pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida-), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, están conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material. (sentencia 669/2004-Tribunal español).

[7] R.O.S. 526, 19 junio 2015.

[8] Sentencia 318/2011, de 04 de julio de 2011. Tribunal Supremo, Madrid, España.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial